direito &
pandemia
COVID-19
EDIÇÃO ESPECIAL
MAIO 2020
oab.org.br
OAB
NACIONAL

EDITORIAL

O Direito na pandemia

Os efeitos da pandemia decorrentes da Covid-19 são os mais contundentes. As gerações que habitam hoje este planeta não experimentaram nada semelhante. A grande parte do mundo ficou em quarentena, sem sair de casa, por um longo período. Além disso, a maior parte do comércio fechou. O consumo caiu vertiginosamente. Os empreendedores sofreram um duro golpe em suas receitas. Por consequência, houve demissões, obrigações não puderam ser cumpridas, projetos foram cancelados. Os negócios tiveram que se readaptar.

Neste momento, ninguém consegue identificar como será o mundo após esse episódio histórico. De certo, apenas se pode afirmar que a realidade será distinta. Temos, então, que exercitar uma bela qualidade, identificada por Hannah Arendt: os humanos “embora mortais, não nascem para morrer, e sim para recomeçar”.

As consequências de toda a pandemia – o estado de calamidade sem precedentes em nossa era, que tomou a civilização – são sentidas de forma vigorosa pelo mundo jurídico. Há inúmeras questões que merecem análise e reflexão.

A Ordem dos Advogados do Brasil tem, entre as suas elevadas funções, garantir a difusão de informação relevante, garantindo o aprimoramento das discussões. Com esse propósito, apresenta-se textos de ilustres colegas, especialistas em suas matérias, examinando os efeitos jurídicos da crise. Pela sua qualidade, certamente contribuirão para a melhor aplicação do Direito.

Como previu o escritor americano Alvin Toffler, “O analfabeto no século XXI não será aquele que não consegue ler e escrever, mas aquele que não consegue aprender, desaprender e reaprender”. Toffler faleceu em 2016, antes da pandemia, mas compreendeu perfeitamente o desafio que hoje toca a cada um de nós: reaprender.

Maio de 2020.

Felipe Santa Cruz
PRESIDENTE NACIONAL DA OAB

Jose Roberto de Castro Neves
PRESIDENTE EXECUTIVO DA OAB EDITORA

Apresentação

Felipe Santa Cruz
Advogado e Presidente Nacional da OAB.

A democracia enfrenta um enorme desafio. A pandemia provocada pela COVID-19 teve impacto global e provocou uma crise sanitária com graves consequências sociais, econômicas e político-jurídicas em todo o mundo. A busca pela preservação da vida deve ser, nesse momento, a meta principal de todas as lideranças políticas. No Brasil, essa crise sanitária tem sido agravada em virtude da instabilidade política, cujas consequências têm impactos diretos no mundo jurídico.

Urge, assim, a implementação de políticas públicas que visem assegurar a dignidade humana em todas as dimensões. Ciente de sua missão histórica, a Ordem dos Advogados do Brasil tem empenhado esforços para garantir o cumprimento de todos os protocolos recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e atuado em diversas frentes nesse enfretamento à pandemia. Garantimos, após acionarmos a Suprema Corte, a competência dos estados e municípios para decidirem sobre o distanciamento social no combate à pandemia, bem como o pagamento imediato dos benefícios sociais que visam assegurar uma renda mínima aos mais afetados pela pandemia; e, por fim, conquistamos a suspensão da Medida Provisória 928/2020, que restringia a Lei de Acesso à Informação (LAI — Lei 12.527/2011).

A dignidade da pessoa humana é o esteio fundante do Estado Democrático de Direito. Nesse cenário caótico, a Advocacia brasileira recebe o chamado da sociedade civil para cumprir sua missão pública de pacificação social e de defesa dos mais oprimidos. Daqueles que não têm condições de obedecer às medidas de isolamento social, que não podem ficar sem salário, pois não teriam outra forma de pagar o aluguel, comprar comida ou, até mesmo, garantir o mínimo de higiene exigido para o controle do contágio.

Diante disso, esta obra "*O Direito na pandemia*", escrita coletivamente por autores e autoras renomadas em suas áreas, nasce com o generoso propósito de traduzir a esperança e a fé histórica dentro do Direito, em suas dimensões materiais e simbólicas, nesse momento da história. Trata-se de um valoroso repertório prático-teórico dotado da necessária eficiência jurídica para os nossos tempos.

Força maior e descumprimento de contratos na pandemia

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Professor titular de Direito Civil da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e parecerista em temas de direito privado.

1 Gradações de impossibilidade, requisitos e controle funcional da força maior

Em tempos de crise, natural que as atenções convirjam para o momento patológico do negócio jurídico e, em especial, para as diferentes espécies de impossibilidade – tema, de resto, pouco desenvolvido, até a disseminação da peste, pela doutrina brasileira, salvo poucas exceções. Assiste-se, a partir de então, à proliferação de textos sobre variabilidades do descumprimento, nos quais se verifica certo consenso em torno da ideia de que os efeitos negativos provocados pela Covid-19 nas relações contratuais não conduzem a único resultado.

De fato, a depender da composição de interesses atingidos, no concreto programa contratual em análise, diversa será a qualificação do fato jurídico pandemia (a deflagrar, conforme o caso, hipóteses de resolução, resilição, revisão, redução, suspensão, sub-rogação, negociação, mediação etc). Em outras palavras, apenas tendo em mente a causa, a função negocial aferida no dinamismo da relação em concreto, é que se pode delinear o exato efeito do lamentável evento sobre a base do pacto em foco.

Na prática, uma vez invocada a excludente pelo devedor que descumpre a obrigação, à indagação de a pandemia constituir força maior não se responde, como se vê, em unívoco. Claro que, dadas as dimensões superlativas do problema, os requisitos necessariedade e inevitabilidade muito provavelmente ter-se-ão por cumpridos (como se verá a seguir), algumas vezes por fato do príncipe. Porém, somente em concreto pode-se construir resposta adequada às circunstâncias de cada espécie, em especial levando-se em consideração a pluralidade de fatores vinculados ao deslinde do caso. A enumeração é aberta e as circunstâncias são indissociáveis de apreciação global, mas, para fins didáticos, apresento-os divididos aqui em três blocos: (i) suporte fático, (ii) regramento contratual e, em particular, (iii) disciplina legislativa emergencial.

Quanto ao primeiro grupo, o intérprete deverá observar: o modo e o tempo em que os efeitos do ciclo epidêmico alcançam as prestações pactuadas;

os possíveis meios alternativos de execução da prestação; os abalos do mercado em que se insere a atividade em análise; o eventual aumento do custo de insumos necessários à produção convencionada, ou sua possível substituição por equivalentes (cujo exemplo de destaque tem-se nas obrigações genéricas – art. 246, CC) etc. Do segundo, tomará em consideração a presença de cláusulas limitativas ou excludentes de responsabilidade; cláusulas de hardship; cláusulas de garantia; cláusulas de força maior; cláusulas penais; cláusula resolutiva expressa; cláusulas de mediação, conciliação e arbitragem; entre outras. Na síntese dialética fatualidade-normatividade (indissociáveis), o operador analisará os termos da estipulação contratual e sua natureza (contrato benéfico, paritário, de consumo), em meio às circunstâncias irrepetíveis que individualizam cada pactuação (eventual mora de uma ou de ambas as partes; os limites de sacrifício exigível do devedor), sem descurar da equação negocial no equilíbrio funcional do contrato.

O itinerário se completa com um terceiro fator a ser levado em conta no processo interpretativo, particularmente relevante no período pandêmico. Regimes legislativos emergenciais têm formulado políticas públicas que aportam benefícios às relações privadas, tais como empréstimo subsidiado, flexibilização do ambiente regulatório, subvenção de capital público, isenção fiscal, ou mesmo indenização securitária. Nesse quadrante, saber-se se um dos contratantes recebeu vantagem direta ou indireta constitui variável sine qua non na apreciação funcional do caso, sob pena de enriquecimento sem causa (CC, art. 884) – situação ordinariamente normatizada em ordenamentos europeus que a denominam commodum de representação.

Ainda no ponto de vista aplicativo, regra geral das hipóteses de caso fortuito e força maior no ordenamento brasileiro firma a isenção de responsabilidade do devedor pelos prejuízos sofridos pelo credor decorrentes do incumprimento involuntário (CC, art. 393). Trata-se de causas de exoneração que – diferentemente da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular do direito, aptos a afastar a culpa – atuam no âmbito do nexo de causalidade, provocando seu rompimento, alheio à vontade do devedor, na cadeia normal de acontecimentos, razão pela qual caso fortuito e força maior mostram-se eficientes mesmo em ambientes de responsabilidade objetiva.

Seja como for, para configuração das aludidas excludentes, o ordenamento brasileiro elenca dois requisitos a partir do comando normativo do parágrafo único do mesmo artigo 393. O primeiro requisito consiste na necessariedade e se relaciona ao modo de produção do fato impositivo em si, que deve ser externo em relação à situação subjetiva das partes contratantes, as quais não concorrem para sua configuração. A pandemia da Covid-19 parece preencher o requisito da necessariedade, vez que se trata de acontecimento superveniente de origem externa à relação jurídica travada.

O segundo requisito, a inevitabilidade, sede de mais acirradas discussões, diz respeito aos efeitos da ocorrência superveniente na relação jurídica em concreto. Dessarte, havendo meios razoáveis e exigíveis de o devedor impedir que o fato necessário provoque efeitos prejudiciais na escorreita execução da prestação, deverá assim agir sob pena de inadimplemento. Como mencionado anteriormente, a pandemia da Covid-19 em princípio parece preencher também o requisito da inevitabilidade, dado que os efeitos se projetarão na relação negocial independentemente da atuação diligente das partes em evitá-los ou atenuá-los, ressalvadas circunstâncias avaliadas em concreto que indiquem o contrário.

Isso não significa, no entanto, que eventual impossibilidade de prestação será sempre causa de extinção da obrigação. Em breve esboço de uma teoria, as impossibilidades de cumprimento parecem apresentar, no rigor técnico, diferentes graus de incidência na concreta relação negocial. Pondo-se em escala, em primeiro plano tem-se a impossibilidade subjetiva em obrigações fungíveis, a resultar em eventual desempenho da prestação por terceiro, substituto do devedor, às expensas deste (CC, art. 249); nas infungíveis, passo adiante, aflora o debate do limite de sacrifício/exigibilidade impostos ao devedor, à luz dos princípios contratuais contemporâneos. Em seguida, passa-se às impossibilidades temporárias, as quais, por atuarem como fatores de diferimento de eficácia, podem indicar redução da contraprestação, prorrogação de prazos, ou eventualmente suspensão de pagamento. Em nível mais avançado, encontram-se as impossibilidades parciais que, a depender da gravidade, à luz e em função do interesse útil do credor, podem sinalizar distintas consequências, desde a redução do programa contratual à parte aproveitável (CC, art. 184) até a revisão (CC, art. 317), ou mesmo a resilição, e a resolução dos contratos (CC, art. 478). E, finalizando a gradação, destaca-se a impossibilidade definitiva, apta a exonerar o devedor, libertando-o de quase todas as consequências do inadimplemento (CC, art. 393).

O debate que aqui se trava, a rigor, para além do cumprimento estrito dos requisitos de deflagração das excludentes – necessariedade do fato e inevitabilidade dos efeitos – gira em torno do controle funcional do negócio em sua integralidade diante do grau da impossibilidade e da atuação das partes no mister de evitar ou minorar possíveis efeitos prejudiciais em cada situação jurídica subjetiva. Ganha relevo, em particular, a função de regra de conduta que emana do princípio da boa-fé objetiva, no controle dinâmico do processo obrigacional.

2 Força maior, autonomia privada e atividade legislativa de emergência

A matéria de riscos, responsabilidades e sua gestão encontra-se no seio da autonomia privada, cabendo precipuamente às partes contraentes o modo pelo qual decidem se autorregular. A quem se imputarão riscos, a troco de que, é decisão que compete aos autores de cada negócio, na elaboração do concreto regulamento de interesses, e não ao legislador ou ao juiz.

Tal processo, de todo modo, não se dá ao alvedrio absoluto das partes. O operador do direito não pode descurar aqui da natureza dos valores e interesses em jogo em cada negócio. Assim, precisará distinguir entre contratos paritários e desiguais; entre vulnerabilidade patrimonial e existencial; entre bens e direitos disponíveis e indisponíveis; entre titularidades públicas e privadas; entre pessoas jurídicas e naturais; entre contratos de adesão ou de livre negociação e assim por diante.

Ademais, deve pautar-se pela observação das cautelas previstas em lei. Nesse sentido, o caput do artigo 393 do Código Civil, corolário dos princípios da boa-fé objetiva e da solidariedade social, exige que a assunção do risco de fortuito e de força maior seja expressa.

A gestão não pode, também, afastar normas de ordem pública, como o Código de Defesa do Consumidor, que, com o fim de corrigir desequilíbrio existente na relação consumerista, reputa nulas cláusulas que "impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor". Em casos justificáveis e que o consumidor seja pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada (CDC, art. 51, inciso I e 25, caput).

Acrescente-se, ainda, que apenas os riscos patrimoniais podem ser distribuídos pela autonomia privada, pois admitir que a vítima assuma potenciais riscos existenciais que fossem objeto de barganha durante a negociação representaria manifesta violação à dignidade da pessoa humana (CRFB, art. 1º, inciso III).

Por fim, a imputação de riscos deve dar-se de molde a observar o equilíbrio funcional da relação em concreto, com fundamento na solidariedade social (CRFB, art. 3º, inciso I), à luz da complexidade da relação em sua inteireza e para além da caracterização econômica, cuja vertente mais comum diz respeito aos binômios clássicos preço-serviço ou preço-coisa. Desse modo, para que seja merecedora de tutela à luz dos valores do ordenamento, fundamental que a equação contratual que dela resulta, independentemente do mérito de se ter efetivado uma melhor ou pior negociação, atue no sentido de repelir o desequilíbrio disfuncional.

A contingência do novo coronavírus, de outro turno, fez eclodir, tanto no plano interno como nas experiências estrangeiras, iniciativas legislativas a

regular, no direito público e no privado, o problema da pandemia. No Brasil, vigora, desde 7 de fevereiro de 2020, data da publicação da Lei 13.979/2020 (que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública), conjunto de dispositivos específicos acerca do problema, (o Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020, reconhece estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000), havendo outros tantos em tramitação.

O Projeto de Lei n° 1.179, de 2020, por exemplo, aprovado no Senado Federal e em trâmite na Câmara, institui regime jurídico emergencial transitório para o direito privado. Da louvável iniciativa parlamentar, colhe-se a preocupação do projeto e bem assim do substitutivo que lhe sucedeu em não revogar leis vigentes, mas tão só normatizar pontualmente relações de direito privado, no interior dos limites temporais assinalados. Com tal desiderato, destacam-se, de suas previsões específicas, a suspensão ou impedimento, conforme o caso, dos prazos prescricionais, assim como dos prazos de aquisição de propriedade por usucapião, a partir da vigência da lei até o dia 30 de outubro de 2020.

O indigitado projeto cuida, ainda, dos temas da resilição, resolução e revisão dos contratos (arts. 6º e 7º). A proposta de exclusão, tout court, de revisão e resolução dos contratos em hipóteses de aumento da inflação, de variação cambial, de desvalorização ou de substituição do padrão monetário, embora calcada em posicionamentos que se extraem de decisões judiciais prevalecentes no âmbito do STJ, e de parecer tentar conter uma esperada hiper judicialização, esbarra no problema da inviabilidade de o legislador, em abstrato, classificar fatos futuros e definir aprioristicamente o que seja fator capaz de deflagrar revisão, resolução do negócio ou o que constitui caso fortuito ou de força maior. Como demonstrado, apenas à luz das circunstâncias do caso concreto será possível averiguar se a superveniência desses fatos se mostra capaz de preencher os requisitos previstos no artigo 478 do Código Civil a ensejar resolução por onerosidade excessiva, ou revisão judicial dos contratos (art. 317, CC), ou, ainda, caso fortuito e força maior (art. 393, CC). A preocupação em marcar a não retroatividade dos efeitos do fortuito e da força maior destina-se a evitar o aproveitamento oportunista da invocação das excludentes, o que de certa forma reforça a regra, relativa ao devedor moroso, da perpetuatio obligationis (art. 399, CC).

Editada em 8 de abril, a Medida Provisória 948 dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura por conta do estado de calamidade. A dicção dos comandos normativos articulados pela MP privilegia e incentiva a realização de acordos entre fornecedores e consumidores – como a remarcação de serviços e eventos, e disponibilização de crédito para uso posterior. Enorme preocupação tem causado, no entanto, a dicção de seu artigo 5º, com a seguinte redação: "as relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no **art. 56 da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990**".

Trata-se de dispositivo de todo criticável. Em primeiro lugar, constata-se certa atecnia do texto ao estabelecer que relações de consumo "caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior". A relação jurídica, por definição, jamais constituirá caso fortuito ou força maior. Tais são qualificações de eventos supervenientes cujos efeitos em concreto projetam-se sobre a relação, como visto. Ainda mais grave, porém, é a inconstitucional tentativa de afastamento de direito fundamental à reparação de danos morais, por meio de Medida Provisória. A estapafúrdia previsão vai de encontro à tutela preferencial da pessoa humana e ao princípio da reparação integral.

Enfim, a administração dos efeitos devastadores da crise mundial impõe pauta que tome a alteridade como chave da resolução de problemas, conforme os influxos da boa-fé objetiva, expressão da solidariedade constitucional, e preferencialmente por meio de soluções construídas entre as próprias partes, em processo de autocomposição espontâneo ou encorajado pelo Estado (nudge).

Para as demandas não alcançadas pela incentivada desjudicialização, e em que se discuta a configuração da força maior e seus limites, o intérprete não deverá proceder de modo abstrato em busca de simples soluções apriorísticas, próprias dos raciocínios subsuntivos – não há mesmo como fixar em lei (ou, pior ainda, em medida provisória) o que seja evento de força maior. Na direção oposta, construirá sua convicção sobre a invocação da dirimente atento aos diferentes graus de impossibilidade da prestação, em função das circunstâncias e fatores que incidem, em concreto, na relação negocial em análise, à luz das previsões de seu próprio regulamento de interesses e dos valores do ordenamento jurídico brasileiro.

A utilização de medidas coercitivas atípicas do art. 139, inciso IV, do CPC nas ações de família em tempos pandêmicos e pós-pandêmicos

Flávio Tartuce

Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação lato sensu em Direito Privado da EPD. Professor do G7 Jurídico. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAM/SP). Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

Notícia veiculada no *site* do Superior Tribunal de Justiça, em 22 de maio de 2020, revela que a sua Segunda Seção passou a admitir a utilização de *medidas coercitivas atípicas* em ações de investigação de paternidade (disponível em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Juiz-devera-aplicar-medidas-coercitivas-a-familiares-que-se-recusam-a-fazer-DNA--sejam-ou-nao-parte-na-investigacao-de-pate.aspx). Conforme o Tribunal, no caso de pais que se recusam a fornecer material para exame de DNA, o juiz pode fazer uso das medidas coercitivas autorizadas pelo art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, não só contra o réu da ação investigatória, mas contra outros familiares do suposto pai.

No âmbito dos alimentos, tem-se entendido que todas as medidas previstas em lei para a efetivação do recebimento do crédito alimentar, caso da prisão civil do devedor e em regime fechado, estão em rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), admitindo-se as citadas medidas atípicas, retiradas do art. 139 do CPC/2015, *in verbis*: "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária". Sobre esse comando, escreve Daniel Amorim Assumpção Neves, um dos primeiros a defender o uso de medidas como a apreensão do passaporte ou da carteira de motorista do devedor, que "o dispositivo consagra de forma clara o princípio da atipicidade dos meios executivos, e nesses termos não chega a ser uma novidade, considerando-se a aceitação de tal princípio pela doutrina e pela jurisprudência durante a

vigência do CPC/1973. A novidade pode ser computada à expressa menção de aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos às execuções de obrigação de pagar quantia certa, em previsão não existente, ao menos não de forma expressa, no diploma processual revogado" (ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. "Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC". Publicado na *Revista de Processo* n. 127, de março de 2017).

A respeito da sua admissão nas ações de alimentos, vejamos importante precedente superior que trata da execução de alimentos e da combinação das medidas executórias:

> "Diferentemente do CPC/73, em que vigorava o princípio da tipicidade dos meios executivos para a satisfação das obrigações de pagar quantia certa, o CPC/15, ao estabelecer que a satisfação do direito é uma norma fundamental do processo civil e permitir que o juiz adote todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, conferiu ao magistrado um poder geral de efetivação de amplo espectro e que rompe com o dogma da tipicidade. Respeitada a necessidade de fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, conformando os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor, permite-se, a partir do CPC/15, a adoção de técnicas executivas apenas existentes em outras modalidades de execução, a criação de técnicas executivas mais apropriadas para cada situação concreta e a combinação de técnicas típicas e atípicas, sempre com o objetivo de conferir ao credor o bem da vida que a decisão judicial lhe atribuiu. Na hipótese, pretende-se o adimplemento de obrigação de natureza alimentar devida pelo genitor há mais de 24 (vinte e quatro) anos, com valor nominal superior a um milhão e trezentos mil reais e que já foi objeto de sucessivas impugnações do devedor, sendo admissível o deferimento do desconto em folha de pagamento do débito, parceladamente e observado o limite de 10% sobre os subsídios líquidos do devedor, observando-se que, se adotada apenas essa modalidade executiva, a dívida somente seria inteiramente quitada em 60 (sessenta) anos, motivo pelo qual se deve admitir a combinação da referida técnica sub-rogatória com a possibilidade de expropriação dos bens penhorados"

> (STJ, REsp 1.733.697/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2018, *DJe* 13.12.2018).

Sobre a possibilidade de combinação dos ritos de execução – de prisão e de penhora ou expropriação –, vale destacar o Enunciado n. 32 do IBDFAM, aprovado no seu *XII Congresso Brasileiro*, realizado em outubro de 2019: "é possível a cobrança de alimentos, tanto pelo rito da prisão como pelo da expropriação, no mesmo procedimento, quer se trate de cumprimento de sentença ou de execução autônoma". Como não poderia ser diferente, em prol da efetividade e da instrumentalidade, e visando também ao recebimento do crédito pelo alimentando, o enunciado doutrinário teve o meu total apoio naquele evento. De todo modo, resta saber de será viável a sua utilização em tempos pandêmicos e pós-pandêmicos, pela dureza da efetividade da combinação das medidas, ainda mais em uma realidade que revelará a perda considerável de ganhos financeiros e de renda pela sociedade brasileira em geral.

Voltando-se ao tema central deste breve artigo, além da combinação de medidas executórias, tem-se debatido a viabilidade jurídica da apreensão de passaporte ou de carteira de motorista do devedor nas demandas de alimentos, o que tende a ser aplicado também nas ações de investigação de paternidade, na linha do primeiro julgado aqui citado.

Em outro importante precedente, que não dizia respeito a dívida de alimentos, a Corte Superior acabou por não admitir a sua possibilidade no caso concreto, apesar de não afastar a sua viabilidade jurídica, em termos gerais, e analisar importante questão procedimental. Nos termos do aresto que igualmente merece destaque especial em um dos seus trechos:

> "O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. Nesse sentido,

para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que têm na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza" (STJ, RHC 97.876/SP,

Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.06.2018, *DJe* 09.08.2018).

Merece ser citado, ainda, acórdão da mesma Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que confirmou decisão inferior de não admissão dessas medidas restritivas em ação específica de alimentos, por entender que não seriam viáveis no caso concreto: "segundo a jurisprudência desta Corte Superior, as medidas de satisfação do crédito devem observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a serem adotadas as providências mais eficazes e menos gravosas ao executado. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que as medidas de apreensão do passaporte e suspensão da CNH do executado são inadequadas e desproporcionais aos propósitos da credora. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial" (STJ, Ag. Int. no REsp 1805273/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 29.10.2019, *DJe* 06.11.2019). De todo modo, como se pode perceber, a Corte não fecha as possibilidades para a sua utilização também nesse último acórdão.

O meu entendimento doutrinário vinha sendo no sentido de que no caso dos alimentos familiares o debate ganharia especial magnitude, uma vez que é possível medida até mais severa, qual seja a prisão civil do devedor, em regime fechado. Sendo assim, se é viável *o mais* é possível *o menos*, ou seja, a apreensão de documentos com a consequente restrição de direitos, o que acaba sendo medida até menos onerosa e alternativa à restrição da liberdade, e deve ser buscado nestes tempos de COVID-19.

Assim, não vejo óbice para que a apreensão do passaporte ou da carteira de motorista do devedor de alimentos seja efetivada em casos excepcionais, observados os parâmetros constantes do último acórdão. Porém, como derradeira ressalva, resta saber se, superada a pandemia, essas medidas se mostrarão realmente efetivas no caso concreto, especialmente a apreensão do passaporte, pelas dificuldades que serão encontradas nos deslocamentos e nas viagens internacionais, notadamente nos próximos anos. Somente o tempo dirá...

A Pandemia e as Patentes Farmacêuticas

Gabriel Leonardos

Mestre em Direito (USP), Conselheiro Federal da OAB, Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do CFOAB.

Resumo: O artigo descreve como funciona o sistema de patentes, expõe o contexto político-ideológico relacionado às patentes farmacêuticas, explica as hipóteses em que é possível serem concedidas licenças compulsórias de patentes, narra a evolução legislativa das licenças compulsórias tanto na esfera internacional quanto nacional, e critica a proposta de ampliação do rol de hipóteses de licenças compulsórias no direito positivo brasileiro, apresentada ao Congresso Nacional em decorrência da pandemia de Covid-19. O autor conclui que no direito brasileiro as normas que já preveem a concessão de licenças compulsórias em casos de emergência ou interesse nacional são suficientes para atender aos interesses da sociedade, ao mesmo tempo em que não oneram desarrazoadamente os proprietários de patentes.

Palavras-Chave: Patente. Licença Compulsória. Medicamentos.

1 Introdução[1]

Em decorrência da pandemia de Covid-19 passou a ser discutida no Congresso Nacional proposta[2] para uma possível ampliação das hipóteses em que é possível haver o licenciamento compulsório de patentes, um instituto jurídico que é designado pela imprensa de "quebra" de patentes. Irei, aqui, tentar explicar o arcabouço jurídico relacionado às licenças compulsórias, e os motivos pelos quais, neste assunto, não é necessária modificação da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279, de 14.05.1996 – LPI), pois o direito positivo brasileiro já possui diversas ferramentas para coibir o eventual abuso do direito de patentes.

1 Este artigo teve origem em palestra realizada pelo autor em evento promovido pelo IAP – Instituto dos Advogados do Paraná, em 28.04.2020. O autor agradece ao IAP pelo gentil convite, que deu ensejo às presentes considerações.

2 Projeto de Lei nº 1462, de 2020, de autoria de 11 Deputados Federais.

2 O que são patentes?

Patentes são títulos jurídicos que asseguram a seu titular a exclusividade temporária de exploração econômica de uma invenção. O direito sobre uma patente é um direito de propriedade, em que pese o seu objeto – a invenção – ser incorpóreo ou imaterial. Aliás, uma patente é um bem móvel, por expressa determinação legal (art. 5º da LPI). Trata-se de uma espécie *sui generis* de propriedade resolúvel, na qual o "*proprietário, em cujo favor se opera a resolução*" (cf. art. 1.359 do Código Civil) é a sociedade, pois findo o prazo de proteção a patente cai em domínio público (*res communis omnium*), ou seja, todos podem passar a explorar a invenção livremente.

Para as patentes de invenção, o prazo de proteção no Brasil é de 20 (vinte) anos contados do protocolo (no jargão da propriedade industrial, o protocolo é chamado de "depósito") junto ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, uma autarquia federal vinculada atualmente ao Ministério da Economia. O INPI tem por atribuição realizar os exames para assegurar que os requisitos de patenteabilidade estão preenchidos, podendo formular exigências para melhor adequação da redação. Tendo em vista a histórica morosidade do INPI na realização dos exames, a LPI assegurou ao titular de patentes um prazo de proteção mínimo de 10 (dez) anos a partir da concessão (art. 40, *caput* e parágrafo único da LPI).

As patentes podem ter por objeto um produto ou o processo para a fabricação deste. Para gozar de proteção, as patentes devem atender aos requisitos legais, quais sejam: (i) a invenção deve ser nova; (ii) a invenção deve possuir atividade inventiva; (iii) a invenção deve poder ser reproduzida em série (também chamado de "aplicação industrial"); e (iv) a invenção deve ser descrita de forma suficiente no pedido de patente, de modo a permitir a sua reprodução por um técnico no assunto.

A novidade é um requisito fácil de ser verificado, pois a ela aplica-se a regra do "documento único": se a invenção já está descrita em um documento publicado anteriormente à data do depósito do pedido de patente, então ela carece de novidade.

A atividade inventiva gera mais discussões, pois ela demanda que a invenção não seja óbvia para um técnico no assunto. Ou seja, o inventor deve ter dado um "salto" em relação ao estado da técnica anterior. A invenção será óbvia se, conjugando-se alguns poucos documentos públicos anteriores (usualmente, de dois a até cinco), for possível chegar às mesmas conclusões que estão descritas no pedido de patente. Se é necessário conjugar um número muito elevado de documentos anteriores, já se está diante de uma primeira evidência de que não há obviedade. Outros critérios para que se verifique a presença da atividade inventiva são o preenchimento de uma necessidade

sentida há tempos no mercado (“*long felt need*”), bem como o sucesso comercial da invenção (pois se ela gera bons resultados financeiros, é de se presumir que não foi inventada antes exatamente porque não era óbvia).

A beleza do sistema de patentes reside nessa barganha entre o inventor e o Estado: o primeiro conta o segredo, e, em troca, recebe do segundo os instrumentos legais para poder explorar por prazo certo, com exclusividade, a sua criação. O exame é puramente técnico: o inventor não precisa ser filiado ao partido político do governo para receber a patente, nem terá a patente negada se for um militante da oposição. O INPI não olha nem para a cara, nem para a nacionalidade do inventor: se os requisitos técnicos de patenteabilidade da invenção estão satisfeitos, a patente é concedida; caso contrário, não. Dessa forma, o sistema cria incentivos para o progresso tecnológico, bem como, devido à publicidade inerente às patentes, proporciona a difusão deste progresso para a toda a sociedade.

A despeito dos benefícios inegáveis para a sociedade trazidos pelo sistema de patentes, no Brasil e no exterior, há uma corrente doutrinária respeitável que defende uma interpretação restritiva dos direitos de propriedade intelectual, pois, para os defensores desta visão, a regra geral seria a liberdade concorrencial (na Constituição Brasileira, consagrada nos arts. 1º, IV; 5º XIII e 170, IV), e, sendo a propriedade intelectual uma restrição à livre concorrência, esta seria a exceção à regra geral e, como tal, deveria ser interpretada de forma sempre limitadora, e jamais extensiva dos direitos de exclusividade.

Data venia, entendo que esse engenhoso argumento parte de uma premissa inadequada. Não se discute que a regra geral seja a liberdade concorrencial, mas o respeito à plenitude dos direitos de propriedade intelectual não é uma restrição à livre concorrência, e sim uma exigência da moral, que visa a preservar os efeitos benéficos para toda a sociedade dos investimentos privados em pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação em geral.

Dizer que a proibição de “piratear” patentes e marcas de um concorrente inovador significa uma “restrição à livre concorrência” é o mesmo que dizer que também seria uma restrição à livre concorrência a proibição de contratar uma gangue de ladrões para roubar os estoques do concorrente.

A livre concorrência protegida pela Constituição Brasileira é a concorrência leal, honesta, sem utilização de fraudes, e não a concorrência baseada no furto dos esforços alheios. A repressão à concorrência desleal é a pedra de toque de todo o Direito da Propriedade Intelectual e, mesmo que não fossem concedidas patentes ou não existisse o registro de marcas, ainda assim a cópia de invenções ou marcas alheias seria o “*emprego de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem*”, algo que é tipificado como crime de concorrência desleal (art. 195, III da LPI).

Dessa forma, não há justificativa moral possível para que um empresário procure enriquecer sem causa (art. 884 do Código Civil), parasitando o esforço alheio. O respeito à propriedade intelectual não é uma "exceção" à liberdade concorrencial: ao revés, ele é uma condição indispensável para que possa existir a plenitude da liberdade concorrencial preconizada pela Constituição Brasileira.

Veremos, a seguir, que, disfarçando-se atrás de argumentos como o que acabo de criticar, bem como de bandeiras corretas e meritórias, como é o caso do direito de amplo acesso à saúde, há quem deseje apenas valer-se gratuitamente dos investimentos alheios.

3 O contexto político-ideológico relacionado às patentes farmacêuticas

Atualmente, as patentes de fármacos constituem 7,8% do total de patentes em vigor, depositadas junto ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Há, atualmente em vigor no INPI, 65.077 processos de fármacos, de um total de 831.936 para invenções em todas as áreas tecnológicas, conforme dados oficiais do INPI[3].

Em que pese a proporção relativamente pequena das patentes farmacêuticas no universo total das patentes, o fato é que as discussões sobre patentes de medicamentos praticamente monopolizam o debate da proteção à propriedade industrial. Isso é muito ruim para o Brasil, pois as paixões dos debates na área farmacêutica acabam por atrasar o nosso desenvolvimento tecnológico em todas as demais áreas, para as quais a proteção patentária é morosa ou ineficiente.

Além de fármacos novos (produtos) ou métodos para a sua fabricação (processos), as patentes farmacêuticas também podem se referir a novos usos de medicamentos já conhecidos. Isso ocorre porque os medicamentos são originalmente desenvolvidos e aprovados para determinada moléstia, e, naquele momento, a patente é concedida para aquele uso específico. É comum ocorrer que, após muitos anos e investimentos vultosos, seja constatado que um fármaco já conhecido pode ser um tratamento eficaz contra outra doença; neste caso, fala-se em patentes de segundo ou novo uso. Tais patentes são controversas – notadamente para aqueles que são contrários à existência de patentes farmacêuticas *tout court* – porque se discute se elas atenderiam aos requisitos da novidade ou da atividade inventiva. Mas essa controvérsia esquece que sem o incentivo econômico representado pelas patentes, não haverá jamais investimentos privados na obtenção de novos usos para as moléculas já conhecidas!

---

3 Situação em 08 de abril de 2020.

A realidade é que, *post factum*, é fácil dizer que a invenção não é nova ou é óbvia. Uma correta crítica a essa visão, no contexto da pandemia de Covid-19, foi recentemente publicada por um ilustre examinador de patentes do INPI, Dr. Antônio Abrantes:

> "*Alguns criticam as patentes de segundo uso por não terem atividade inventiva. São todas óbvias. Hoje a comunidade científica está debruçada na solução de um medicamento de segundo uso médico para o tratamento do coronavírus. Seria a única forma de termos um medicamento prático para uso imediato uma vez que já conheceríamos seus efeitos colaterais. Inventar um novo princípio ativo não seria viável pois a realização de todos os testes clínicos exigiria anos para termos o medicamento pronto para utilização. Pois bem, estamos, portanto, num momento único para que aqueles críticos, que consideram a invenção de segundo uso muito óbvia. Que então venham a público e apresentem a solução. Se é tão óbvio por que não apresentaram a solução?*"[4]

No Brasil, foi proibida a concessão de patentes farmacêuticas no período de 1945 até 1996. Foram mais de 50 anos sem que fossem concedidas patentes farmacêuticas entre nós, com a esperança de que isso ajudaria a desenvolver a indústria nacional, mas esta, na realidade, sem que tivesse qualquer incentivo patentário para investir em tecnologia, acomodou-se na fabricação de cópias de fármacos desenvolvidos no exterior, sem precisar pagar quaisquer royalties para tanto.

Com a promulgação da LPI, em 1996 o cenário nacional mudou. A introdução da proteção patentária para fármacos estimulou não apenas empresas farmacêuticas multinacionais a realizar vultosos investimentos no país, como também empresas nacionais aqui passaram a investir em tecnologia. Entretanto, ainda há quem sinta saudades da situação anterior. Foi desse saudosismo que veio a aprovação, em 2001, do esdrúxulo art. 229-C da LPI, que dá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA a atribuição de conceder anuência prévia aos pedidos de patentes farmacêuticas, regra existente apenas no Brasil, e que é objeto de estranheza no resto do mundo.

O objetivo evidente dessa "jabuticaba" legislativa era o de impedir a concessão de patentes, a despeito do resultado do exame técnico realizado pelo INPI, sempre que o poder púbico desejasse adquirir o medicamento para utilização pelo SUS – Sistema Único de Saúde, criado em 1989. Afortunadamente, a solidez das instituições brasileiras (notadamente de nosso Poder Judiciário)

4 Post de 12 de abril de 2020, in https://www.facebook.com/groups/453706764792042/, consulta em 23.04.2020.

evitaram que um instituto puramente técnico (como são as patentes) passasse a ser decidido por considerações políticas, e a supérflua intervenção da ANVISA, na prática, causou e causa poucos danos ao sistema de patentes, exceto o de atrasar ainda mais o exame dos pedidos de patente na área farmacêutica.

As tentativas de alargamento das hipóteses de licenciamento compulsório têm, portanto, esta mesma origem. Por trás de uma cortina de fumaça de argumentos meritórios, o objetivo é o mesmo de sempre: eliminar o valor das patentes farmacêuticas, possibilitando o seu uso gratuito (ou quase), e sem que haja a necessidade de aqui realizarmos investimentos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico.

4 As licenças compulsórias na LPI, na Convenção da União de Paris, e no acordo TRIPS

Costuma-se dizer que uma das possíveis formas de abuso do direito de patentes é o seu não-uso. Com efeito, como qualquer propriedade, as patentes devem cumprir a sua função social (art. 5º, XXIII da Constituição Federal), e patentes mantidas em vigor por seu titular, mas não exploradas, não cumprem a sua função social que é a de proporcionar à sociedade o acesso às inovações tecnológicas protegidas pelo Estado.

O uso da patente pode ser realizado pelo próprio titular, ou por terceiro devidamente autorizado, no caso de concessão de uma licença voluntária. O contrato de licença de exploração de patente (arts. 61 a 63 da LPI) é, na realidade, uma espécie de contrato de locação de bem móvel, pois, viu-se acima, as patentes são bens móveis por ficção legal. Em contraposição às licenças voluntárias, temos as licenças compulsórias, que são concedidas pelo Estado (representado pelo INPI), contra a vontade do titular do direito.

Por serem também um instrumento de política industrial, entende-se que o uso da patente somente se verifica quando ocorre a efetiva exploração da invenção no Brasil. Ou seja, a simples importação do produto importado não caracterizaria o uso local. Dessa forma, uma das hipóteses tradicionais para a concessão de licenças compulsórias é a falta de exploração local (art. 68, § 1º, I da LPI). Veremos, aqui abaixo, que a Convenção da União de Paris – CUP, prevê que em caso de falta de uso de uma patente a legislação dos países-membros pode prever as sanções da licença compulsória, e, se esta não for suficiente para que mercado nacional seja atendido, até mesmo a caducidade (a perda do direito) da patente.

Além do simples desuso, a LPI prevê diversas outras hipóteses nas quais é possível ao interessado requerer ao INPI que lhe seja concedida uma licença compulsória, e a que nos interessa neste artigo é a prevista no art. 71, qual seja, aquela cuja exploração seja necessária em casos de emergência nacional ou interesse público.

Quando é concedida uma licença compulsória o seu proprietário perde o exercício de seu direito de exclusividade, mas o título jurídico continua em vigor, e deve ser paga uma remuneração (royalty) ao titular da patente. Além disso, como a licença compulsória é sempre não-exclusiva, ou seja, o titular pode, ele próprio, continuar ou começar a explorar a invenção, bem como conceder outras licenças (voluntárias) a terceiros. Diante da vigência de quase todos os direitos do titular, percebe-se como é inadequado falar-se em "quebra" de patentes.

Aliás, como qualquer outro direito de propriedade, em tese, em casos de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, ou de iminente perigo público, as patentes estão sujeitas também a outros institutos de Direito Administrativo à disposição do Estado, como a desapropriação e a requisição (art. 5º, incisos XXIV e XXV da Constituição Federal), embora não se tenha notícias destes já terem sido utilizados.

As licenças compulsórias não são uma criação da LPI, que é de 1996, mas já remontam há quase 100 anos, quando de sua introdução na revisão realizada em Haia, em 1925, na Convenção da União de Paris, que é o mais antigo tratado internacional que rege o direito da propriedade industrial, e que ainda hoje está em vigor, em sua versão aprovada em Estocolmo, em 1967. Vale lembrar que em 1883 o Brasil foi um país-membro fundador da União de Paris, tendo sido signatário da versão original da Convenção.

Já na redação original da Convenção, havia a obrigação de explorar a invenção protegida de acordo com a leis do país. Em Haia, houve o reconhecimento que a falta de uso efetivo da invenção seria um abuso do direito do titular, sujeito às sanções da licença compulsória, e de caducidade da patente. Enquanto a redação de Haia era dúbia quanto à possibilidade de ser instaurado procedimento de caducidade caso não tivesse, previamente, sido concedida uma licença compulsória, a versão de Estocolmo deixou clara essa regra. Aliás, a discordância com esta regra foi a razão do Brasil ter demorado tanto a ratificar a versão de Estocolmo, que aqui somente entrou em vigor em 1992 quando, no Governo Collor, vivíamos um momento em que houve uma tentativa de aumentar a inserção do Brasil no comércio internacional. Vejamos, então, as diferentes versões desses dispositivos da CUP ao longo do tempo:

PARIS (1883)	HAIA (1925)	ESTOCOLMO (1967)
Decreto nº 9.233, de 28 de junho de 1884 *Art. 5º, § 2º* *Todavia, o privilegiado ficará sujeito à obrigação de usar de seu privilegio, de conformidade com as leis do país onde introduzir os objetos privilegiados.*	*Decreto nº 19.056, de 31 de dezembro de 1929* *Art. 5º, § 2º* *Apesar disso, cada um dos países contratantes terá a faculdade de adotar as medidas legislativas necessárias à prevenção dos abusos que puderem resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, por exemplo, por falta de uso efetivo.*	*Decreto nº 635, de 21 de agosto de 1992.* *Art. 5º, § 2º* *Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração.*
	Art. 5º, § 3º *Essas medidas não poderão prever a caducidade da patente, a não ser que a concessão de licenças obrigatórias não seja suficiente para prevenir esses abusos.*	*Art. 5º, § 3º* *A caducidade da patente só poderá ser prevista para os casos em que a concessão de licenças obrigatórias não tenha sido suficiente para prevenir tais abusos. Não poderá ser interposta ação de declaração de caducidade ou de anulação de uma patente antes de expirar o prazo de dois anos, a contar da concessão da primeira licença obrigatória.*
	Art. 5º, § 4º *Em todo caso, a patente não poderá constituir objeto de tais medidas antes de decorridos três anos, no mínimo, a partir da data em que houver sido concedida, e se o concessionário apresentar justificativas aceitáveis.*	*Art. 5º, § 4º* *Não poderá ser pedida licença obrigatória, com o fundamento de falta ou insuficiência de exploração, antes de expirar o prazo de quatro anos a contar da apresentação do patente, ou de três anos a contar da concessão da patente, devendo aplicar-se o prazo mais longo; a licença será recusada se o titular da patente justificar a sua inação por razões legítimas. Tal licença obrigatória será não-exclusiva só será transferível, mesmo sob a forma de concessão de sublicença, com a parte da empresa ou do estabelecimento comercial que a explore.*

Com efeito, o Código da Propriedade Industrial de 1971 (Lei nº 5.772, de 21.12.1971) previa a caducidade das patentes após 4 (quatro) anos de falta de uso, após a concessão (art. 49, "a"), sem que fosse obrigatória a prévia concessão de licença compulsória, e sob a égide do CPI/71 o instrumento da caducidade de patentes foi utilizado com frequência, ainda que fora da área farmacêutica. Por longo tempo, a licença compulsória não teve qualquer importância, entre nós, e ela somente passou ser relevante após a aprovação da atual LPI (Lei nº 9.279, de 14.05.1996), que deixa clara que a caducidade somente pode ser requerida após decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória (art. 80).

Entre outras razões, a LPI foi aprovada para implementar entre nós o Acordo TRIPs. Ocorre que o Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, promulgou no Brasil o tratado internacional que criou a OMC – Organização Mundial do Comércio, e uma de suas partes mais relevantes é o chamado Acordo TRIPs, que trata da propriedade intelectual, o qual, em seu art. 27, § 1º, passou a proibir que os países signatários se recusassem a conceder patentes com base no setor tecnológico das mesmas (o que obrigou o Brasil a modificar a sua legislação interna que, até então, vedava as patentes farmacêuticas). Ademais, vale lembrar que o art. 31 do Acordo TRIPs expressamente ressalvou a prerrogativa dos países signatários de preverem, em suas legislações internas, regras para a licença compulsória de patentes.

Percebe-se, portanto, que (i) as licenças compulsórias são um instrumento legítimo para possibilitar a exploração da invenção no país; (ii) desde 1992, quando foi promulgada, no Brasil, a versão de Estocolmo da CUP, passou a ser vedada a instauração de procedimento de caducidade se ainda não foi concedida uma licença compulsória; e (iii) a partir da revogação, em 1996, da proibição às patentes farmacêuticas, o instituto das licenças compulsórias passou a ter uma real importância prática como instrumento da política de saúde pública.

5 Declaração de Doha da OMC (2001) e os decretos 3.201/1999 e 4.830/2003

Na IV Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio – OMC, realizada na Cidade de Doha, em novembro de 2001, foi aprovada "Declaração sobre o Acordo de TRIPs e Saúde Pública", que reiterou que "*cada Membro tem o direito de conceder licenças compulsórias, bem como liberdade para determinar as bases em que tais licenças são concedidas*". A mesma Declaração reconheceu que crises de saúde pública são passíveis de constituir emergência nacional ou circunstâncias de extrema urgência, que justifiquem a concessão de licenças compulsórias.

Saudada como uma vitória política dos países em desenvolvimento, na realidade essa Declaração não modificou o Acordo TRIPs, e nem poderia fazê-

lo. Ela possui, contudo, um valor simbólico e interpretativo relevante, a fim de impedir tentativas jurídicas (de titulares de patentes) de dificultar o uso das licenças compulsórias com base em alguma interpretação cerebrina do Acordo TRIPs.

Nessa linha, os Decretos Presidenciais nº 3.201, de 06.10.1999, e o que lhe modificaria, nº 4.830, de 04.09.2003, regulamentaram o art. 71 da LPI e estabeleceram, de modo exaustivo, a forma e as condições pelas quais são decretadas as licenças compulsórias em casos de emergência nacional e interesse público. Em especial, o Decreto 3.201/99 autoriza que, em casos de extrema urgência, a licença compulsória pode ser implementada e efetivado o uso da patente independentemente do prévio atendimento das condições formais tais como (i) a constatação de que o titular não pode suprir o mercado, (ii) a fixação do prazo da licença, ou (iii) a determinação do valor a ser recebido pelo titular.

Percebe-se, portanto, que está já devidamente aperfeiçoado no Brasil o arcabouço legislativo e infralegal para crises de saúde pública, como é o caso do atual cenário de pandemia.

6 O caso do Efavirenz (2007)

Para o Poder Público, a possibilidade de concessão de licenças compulsórias é um instrumento poderoso na negociação de preços com as empresas farmacêuticas. A partir de 2001, o Governo Federal ameaçou, algumas vezes, decretar a licença compulsória de medicamentos que, em seguida, tiveram seus preços reduzidos pelas empresas fabricantes, o que a tornou desnecessária[5].

Posteriormente, em 2007, não houve acordo, quanto ao preço de aquisição, com a empresa titular da patente do medicamento Efavirenz, utilizado no tratamento de pessoas soropositivas para HIV, motivo pelo qual foi concedida a licença compulsória daquele medicamento[6]. Até hoje, este foi o único caso de decretação de licença compulsória desde a edição da LPI.

Nesse episódio, portanto, o instrumento da licença compulsória foi não apenas testado, mas efetivamente implementado, e não houve contestação judicial por parte da empresa titular da patente.

---

5 Em agosto de 2001 chegou a ser anunciada a decretação da licença compulsória do medicamento Nelfinavir, mas, em seguida, negociações com a fabricante levaram à reconsideração da decisão pelo governo brasileiro. V. https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2308200101.htm , consulta em 28.04.2020.

6 A licença compulsória foi concedida através da Portaria do Ministério da Saúde nº 886, de 24.04.2007, que declarou o medicamento como de interesse público, e pelo Decreto nº 6.108, de 04.05.2007, que decretou a licença.

7 As licenças compulsórias na área farmacêutica

Em 2011 escrevi artigo em coautoria com o brilhante advogado Raul Murad Ribeiro de Castro intitulado "*Notas em Defesa da Licença Compulsória: da Fundamentação à Eficácia*". Impressiona-me como ele continua atual, pois naquele artigo finalizamos concluindo que:

> "*Devidamente compreendida, e desapaixonadamente utilizada, sempre que necessária, como eficaz instrumento de política pública, a licença compulsória assegura o equilíbrio entre os direitos proprietários e a função social da propriedade, de uma forma em que o sistema de patentes resulta fortalecido e cumpre com plenitude sua missão constitucional*."[7]

Naquela ocasião, descrevemos os mecanismos de concessão de licenças compulsórias em casos de emergência nacional e/ou interesse público, que já atendem plenamente às necessidades da sociedade. Lamentavelmente, interesses contrários às patentes farmacêuticas estão agora se valendo da crise da Covid-19 para tentar minar o direito patentário e introduzir mais uma hipótese de concessão de licenças compulsórias. Veremos, portanto, o que se pretende alterar na nossa legislação.

8 O PL 1.462/2020

Este projeto de lei propõe criar uma licença compulsória ampla e que decorra automaticamente da lei para todas as "*tecnologias utilizadas para o enfrentamento à respectiva emergência de saúde, tais como vacinas, medicamentos, diagnósticos, reagentes, dispositivos médicos, equipamentos de proteção individual, suprimentos e quaisquer outras tecnologias utilizadas para atender às necessidades de saúde relacionadas à emergência.*".

Ademais, o PL fixa o royalty a ser pago ao titular da patente em 1,5% sobre o preço de venda ao Poder Público, a ser pago pelo fornecedor do produto produzido sob licença, e prevê, ainda, que a remuneração só seja devida a partir da data de concessão da patente, caso a patente seja concedida.

Esta é a parte em que o PL inova, mas, ao estipular um royalty fixo de 1,5% do preço de venda como pagamento ao titular da patente, o projeto de lei demonstra seu viés intervencionista, porque a licença compulsória não elimina a possibilidade de as partes interessadas chegarem a um acordo quanto ao valor de royalty (cf. art. 73, § 1º da LPI), e já existe em nosso direito positivo um sistema para a fixação desse royalty pelo INPI, caso não haja acordo (art. 73, § 4º da LPI). Aliás, dependendo do caso concreto, 1,5% poderá ser pouco, justo, ou excessivo, e este mais um motivo para evitar o "engessamento" do preço através de uma lei.

---

7 In Revista Eletrônica do IBPI – REVEL, Nº 4, 2011, pp 75-102 (o trecho citado está na pág. 97), disponível para download in https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-4 , consulta em 23.04.2020

Quanto à vedação de remuneração a uma patente ainda não concedida, o PL contraria frontalmente o art. 44 da LPI, que assegura ao titular o direito à remuneração pelo uso de terceiros a partir da publicação do pedido de patente (evento que ocorre muitos anos antes da concessão), sendo certo que o valor somente deve ser pago após a concessão da patente. Ao prever a concessão de licença compulsória sem remuneração, o PL afronta a Constituição Federal, criando, na prática, uma desapropriação sem indenização, pois a partir do depósito a patente gera, para seu titular, uma expectativa de direito legalmente amparada.

9 Considerações finais

O sistema de patentes propicia estímulos a investimentos privados direcionados para o desenvolvimento tecnológico, reduzindo a necessidade de subsídios públicos para a inovação. No contexto da atual pandemia, a proteção patentária cria condições para a criação de novos usos de medicamentos já conhecidos, que são a maior esperança para o desenvolvimento rápido de um tratamento eficaz para a Covid-19.

A legislação internacional e a brasileira já contêm diversos dispositivos que autorizam a concessão de licença compulsória em casos de emergência nacional ou interesse público, e o PL 1.562/2020 aqui comentado é, em sua maior parte, inútil, pois apenas repete o que já está em vigor na nossa legislação, ou então procura retirar direitos mínimos assegurados ao proprietário da patente, contrariando a LPI e a Constituição Federal, sem trazer qualquer benefício concreto para o combate à pandemia.

Nem mesmo a pretensa urgência da crise sanitária do coronavírus configura justificativa plausível para esse projeto de lei, na medida em que, conforme demonstrado, o Decreto 3.201/99 já autoriza que, em casos de extrema urgência (como obviamente é a situação atual em que vivemos), pode ser implementada a licença compulsória, e efetivado o uso da patente, independentemente do prévio atendimento das condições formais tais como (i) a constatação de que o titular não poder suprir o mercado, (ii) a fixação do prazo da licença, ou (iii) a determinação do valor a ser recebido pelo titular.

Em conclusão, faço votos que o PL 1.562/2020 seja rejeitado, em que pesem as boas intenções dos parlamentares que o apresentaram. Não se justifica que o Congresso Nacional perca tempo tentando consertar algo que não está quebrado, criando insegurança jurídica e judicialização em uma matéria que, hoje, está adequadamente regulada e pacificada. Nosso arcabouço legal atual, de forma balanceada, não apenas atende às necessidades da sociedade, como também preserva estímulos às empresas que investem em pesquisa & desenvolvimento de novos produtos.

A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke
Doutor em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito pela UFRGS, Diretor do CBAr, Vice-Presidente CLE Latin America do IADC, Diretor da Câmara de Arbitragem da Federasul e do Centro de Arbitragem e Mediação da OAB/RS, Sócio de Contencioso e Arbitragem em TozziniFreire Advogados.
gmn@tozzinifreire.com.br

Julio Gonzaga Andrade Neves
Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Sócio de Contencioso e Arbitragem em TozziniFreire Advogados
jgonzaga@tozzinifreire.com.br

"- O importante – insistiu Castel – não é que esta maneira de argumentar seja boa, mas que ela nos obrigue a refletir".

Albert Camus, *A Peste*

1 Introdução

O prefeito de Oran convocara a junta médica para debater o espalhamento da doença na cidade. Queria se informar quanto às medidas a adotar, sem pânico, sem conferir grande repercussão aos casos isolados de febre que, sem saber (ou teimando em saber), já se alastravam. Para algum escândalo dos presentes, o médico mais velho interveio: "*a questão é saber se se trata de peste ou não*". O assombro se justificava: confirmada "*a peste*", as medidas seriam implacáveis para a cidade e seus habitantes. "*O importante*" – complementou o Doutor Castel – é que a indagação "*nos obrigue a refletir*"; que a pergunta seja feita e a hipótese, esboçada, mesmo que a "*maneira de argumentar*" não seja boa[8].

Como n'*A Peste*, de Camus, a Covid-19 nos obriga a refletir sobre as diversas repercussões que, no campo jurídico, os contratos estão e estarão a sofrer. Dentre elas, assomam aquelas decorrentes da impossibilidade de cumprimento nos negócios que envolvem prestações proibidas pela normativa extraordinária. Para grande parte dos contratos[9], o remédio pode vir a ser mais

8 Trechos retirados de CAMUS, Albert. *A Peste* (trad. Valerie Rumjanek). 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, pp. 47-48.

9 É o caso, v.g., daqueles com execução continuada e por trato sucessivo, e para aqueles com adimplemento duradouro ou preparado. Para as distinções entre adimplemento pontuado (fixo),

simplificado, com a suspensão temporária da execução[1]. Para outros, não há opção de conservação. Queremos dizer: há contratos em que o interesse das partes é precisado no tempo, e não perdurará para depois do evento de impossibilidade, sendo que seu adimplemento deve se dar em uma ocasião *fixa*[2], depois do que se torna inútil.

Nesses casos, dentre tantas indagações, há uma que gera maior aflição: o que fazer com as despesas já incorridas pelas partes em preparação à execução das prestações principais? Figure-se caso em que contratado *buffet* para festa (a que chamaremos doravante de o "Caso do *Buffet*"). O tomador adianta parte do valor para que o prestador faça as despesas necessárias para o preparo e a montagem das refeições, e este, de sua parte, já incorre nesses relevantes gastos. Sobrevém o evento que impede a realização da festa. O que fazer com essas despesas?

Nem sempre o socorro da literalidade do Código Civil se mostra hábil o suficiente para eliminar as implicações da doença. Parece insuficiente dizer que a coisa se perde, sem culpa, em prejuízo do dono. Os regimes da *res perit domino* (art. 237) e da *res perit debitori* (arts. 234 e 235), a que se soma o da *res perit creditori* para as obrigações de restituir (arts. 238 e 240)[3], se empregados em sua crueza, ignoram que a coisa se pode adquirir *por força do programa contratual*. Fariam, cegos às nuances, com que só um dos polos assumisse as sequelas contratuais do evento. O mesmo se dá caso se visitem as regras vinculadas a tipos contratuais, algumas delas atribuindo, com a mesma binariedade, a um ou a outro polo o autossacrifício face à impossibilidade superveniente[4]. Essa lógica binária poderia ser o regime a viger; não nos parece, contudo, que concretamente o seja.

Se os tantos efeitos da peste nos contratos "nos obrigam a refletir", mais ainda, portanto, quanto àqueles que não encontram solução específica na letra da lei. Daí que este pequeno ensaio esteja por propor "*uma maneira de argumentar*" que, se não for boa, ao menos leve à reflexão quanto à (inevitável) multiplicidade dos regimes de risco nos contratos. Para tanto, em uma primeira parcela, ele trata de **(i)** circunscrever a discussão a um certo grupo de casos, para então **(ii)** voltar-se à proposição de solução de ditos casos, em esforço de desvelamento e sugestão de modelo jurídico.

---

preparado ou duradouro, tanto quanto entre execução instantânea, diferida, de trato sucessivo ou continuada, veja-se MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista de Arbitragem do GEArb*. Belo Horizonte: GEArb, 2012, n. 2, em especial pp. 68-84.

1 Mesmo nos casos de suspensão, haverá, conquanto em menor escala, o problema aqui proposto, i.e., aferir a que se atribuem as despesas incorridas – e não-salváveis – para prestação tornada impossível nos períodos de suspensão.

2 Para fazer-se uso da nomenclatura de Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 23, p. 109).

3 Para uma suma, veja-se: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 217 e ss.; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 313 e ss.

4 E.g., art. 492 para a compra e venda, art. 535 para o contrato estimatório, art. 583 para o contrato de comodato, art. 607 para a prestação de serviços.

2 Os Casos

Não tem lugar na reflexão científica – tanto mais em cenário de perturbação social – a falsa dicotomia entre se testar teorias abstratas ou se engajar em soluções práticas[5]. A construção de respostas a partir de grupos de casos testa teorias e projeta conclusões concretas; propor os casos-base para pavimentar essa reflexão é o objetivo deste capítulo.

O primeiro grupo de casos cuida da incursão de despesas no auto-interesse de estruturação para contratar. Ninguém contrata no vácuo; o contrato responde à satisfação dos interesses, dos fins aos quais as partes o instrumentalizam[6]. A lei, de regra, enxerga o que vê imediatamente diante de si: um programa estruturado e condutas que, nele, se esperam. Comprometi-me à venda, então, a partir daí, entrego a coisa; comprometi-me à compra, então, a partir daí, pago o preço (CC, art. 481). É como se a conduta nascesse com ou sucedesse ao contrato, mas nem sempre é assim. Há muito que se conecta mediatamente com cada contrato, precedendo-lhe.

É natural que agentes identifiquem interesses alheios, em volume que justifique a antecipação de medidas. Essas condutas podem escalar ao ponto de estrutura de empresa[7], ou não. Com vistas a uma atuação episódica, para venda de roupas que não mais lhe interessam em brechó doméstico, Joana pode investir em caixas, cabides, etiquetas e sacolas. Para uma atuação sustentada, a empresária Joana poderá locar sede, desenvolver logomarca, treinar vendedoras, cadastrar fornecedores e criar portfólio próprio. Em todos esses casos, Joana terá apenas se credenciado, como que constituído a necessária musculatura para conquistar ou cumprir contratos. Joana pode ter alguns contratos certos, em negociação ou em perspectiva remota. Nada disso releva, porque todos importam para o incorrimento das despesas: a esperança é de que lucro advenha desses negócios.

Pensando mais proximamente na crise presente – e atribuindo-se, para didática, o nome de "Caso da Fábrica de Vestidos" –, suponha-se que determinada Distribuidora de Artigos de Moda tenha contrato com a Fabricante de Vestidos, com exclusividade sobre o território da região centro-oeste. O contrato responde por 30% das receitas da Distribuidora. Ele consome, coerentemente, parte relevante da estrutura da Distribuidora: metragem de estocagem em armazéns, tempo de vendedores e agentes, capacidade operativa de software de gestão, quota dos contratos de logística com volumes assegurados (take or

---

5 "A ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático" (PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado (atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva). São Paulo: RT, 2012, t. 1, p. 26).

6 "O quarto componente [do conceito de contrato] diz respeito ao modo pelo qual o acordo se liga ao seu objeto, ou seja, a função do ato: e é a vontade finalizada que incide sobre a relação jurídica" (ROPPO, Vicenzo. Il contratto. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 4). Tradução livre. Grifamos.

7 Aqui referida como atividade econômica para produção ou circulação de bens ou de serviços, a teor do art. 966 do Código; o "determinado sistema de organização técnico-econômica" que quis Ascarelli (ASCARELLI, Tulio. Evolução e papel do direito comercial. Revista dos Tribunais. v. 725, p. 1-13 (RT Online), 1996, p. 4).

pay). Suponha-se, ainda, que a Fabricante de Vestidos seja fechada por ordens sanitárias. A fabricação tornou-se impossível (CC, arts. 234 e 393). **A Pergunta 1 é: no "Caso da Fábrica de Vestidos", o que sucede com custos gerais suportados pela Distribuidora?**

O segundo grupo de casos cuida da incursão de despesas no interesse do contrato em particular, mas não como necessária decorrência do programa contratual. Nessas hipóteses, a proximidade da despesa com o programa contratual é maior. Não se cuida, aqui, de uma estruturação genérica, um ticket para contratos presentes e futuros, certos ou eventuais; o que se tem é o dispêndio de riquezas para cumprir determinado contrato. Contudo, a existência daquelas despesas, naquele momento e para aquele contrato, não são imposições do negócio, expressas ou tácitas, acordadas ou inseridas no conteúdo normativo por força de costumes, ou ainda informadas pelas próprias partes, neste conteúdo, sob a lente dos usos[8]. Assim é que cada figurante pode já ter o produto que pretende comerciar, ou não; pode já ter a ferramenta necessária à manufatura daquele produto, ou não; pode já ter o insumo imprescindível (matéria-prima; software; licença para a atividade específica), ou não. O ter, antes do contrato, essas riquezas, ou adquiri-las, depois do contrato, por si só, não releva, porque são – nesse grupo de casos – fruto de decisões discricionárias da parte.

Guinando-se uma vez mais à crise pandêmica corrente – e chamando-se, mais uma vez para didática, de o "Caso da Compra de Madeira" –, pode-se imaginar que uma Indústria Moveleira houvesse contratado remessa de madeira certificada de Cooperativa Madereira. Com a superveniência da crise, proibida a manufatura, a Indústria notifica a Madereira de seu desinteresse (leia-se, perda superveniente de interesse), perturbada a base objetiva do negócio pela imprestabilidade do insumo a seu único fim. Aqui a hipótese já não é de força maior, porquanto o pagamento pela Indústria seria possível; o caso é de frustração do fim do contrato[9]. O efeito liberatório com relação às prestações (coisa e preço) se mantém. Sucede que a Madeireira, dessa vez, não havia carreado por si as toras, nem as tinha em seus estoques. Recebido o pedido, e suficientes os estoques próprios apenas para atender a outros clientes, ativamente buscou (comprou) o produto de outra madeireira. Pagou X para vender por Y, e só o pagou porque tinha, diante de si, compromisso firme de que venderia por Y. A depender do tempo de paralisação industrial, ou bem

---

8 Tratando da função normativa (integrativa) dos costumes: HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurírido e hermenêutico no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2012, v. 50, p. 30; LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: RT, 2005, *passim*; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 187-188. Para suas diferenças em relação aos usos do tráfico e sua função interpretativa, remetemos a: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Usos e costumes no direito contratual brasileiro (ou, sobre a precisão da doutrina face à imprecisão do legislador). In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Orgs.). *Direito, Cultura, Método. Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019, *passim*.

9 PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 329 e ss. e, em especial, 366 e ss.

toda a madeira se perderá, ou, quando menos, a Madeireira suportará custos de iliquidez e armazenagem do volume. **A Pergunta 2 é: no "Caso da Compra de Madeira", o que sucede com os custos específicos por si suportados?**

O terceiro grupo de casos é uma variante do segundo; ele concerne à incursão de despesas no interesse do contrato em particular e em decorrência do programa contratual. Não trata de despesas de uma estruturação genérica, nem de objetivo específico, porém discricionário. São despesas que se impunham à preservação ou persecução do programa contratual. O exemplo já foi dado nas linhas introdutórias desse texto com o chamado "Caso do Buffet": a compra de flores e insumos pelo Buffet, de acordo com as instruções do Dono da Festa, nos dias precedentes ao evento. Não há margem volitiva: se o Buffet houvesse incorrido naquelas despesas muito antes, seria imprudente; se não as tivesse incorrido àquele ponto, irresponsável. E isso não obstante, ordens sanitárias proíbem que as prestações primárias do negócio sejam trocadas: não pode haver festa; não deve haver pagamento pela festa. As flores murcharão e a comida estragará. **A Pergunta 3 é: nesse "Caso do Buffet", o que sucede com os custos específicos por si suportados?**

Esses são os três grupos de casos cuja solução se buscará no item seguinte. O desafio é aquele de propor respostas com critérios claros. Se é verdade que "quem contrata negocia em um mundo que não é estável"[10], é igualmente verdadeiro que "as teorias têm de obter clareza e precisão, sem as quais o direito se faria elástico e ondulante"[11]. A crise nos demanda firmeza.

3 As Reflexões

Os casos narrados problematizam a lógica binária do Código Civil, segundo a qual se atribui ou ao devedor, ou ao proprietário, ou ao credor os riscos decorrentes da impossibilidade da prestação, a depender da natureza da relação jurídica obrigacional que se esteja a tratar. Não soluciona a contento, porém, situações como as descritas, em que o contrato já teve sua execução iniciada com a prática de atos que preparam o implemento das prestações principais, para o benefício não só de um, mas de ambos os contratantes, como se tem no "Caso da Compra de Madeira" e no "Caso do *Buffet*"; ou mesmo situações em que certos atos e dispêndios preparatórios são até mesmo anteriores à própria celebração do contrato, como no "Caso da Fábrica de Vestidos". Seria adequado, nessas hipóteses, imputar apenas ao devedor – isto é, àquele que dá cumprimento aos (supostos) deveres de prestação acessórios – aguentar os efeitos da sobrevinda impossibilidade e, assim, suportar sozinho as despesas já incorridas?

Antes que se possa ensaiar uma tentativa de resposta, explicitemos algumas premissas. A principal delas é a de circunscrever a proposta de análise

---

10 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. 25, p. 236 (§3.068).

11 *Ibid*. (§3.068).

aos casos específicos a que se está fazendo alusão, tal não significando recair em *casuísmo*, e sim em postura que atenta para a inexorável variedade dos regimes jurídicos do risco[12]. Também são premissas da análise procedida considerar: (i) que em nenhum dos casos hipotéticos houve assunção dos riscos da força maior por qualquer das partes; (ii) que a impossibilidade sobrevinda é não imputável a qualquer das partes, do contrário não se poderia falar de riscos, pois "onde há culpa, risco não existe"[13]; (iii) e que necessário e inevitável é o fato que gera a impossibilidade. Em suma – são típicas situações de impossibilidade superveniente não imputável a qualquer das partes e sem disposição prévia acerca da distribuição dos riscos.

Tomando essas premissas por moldura, o primeiro movimento é consultar se doutrina ou jurisprudência nacionais lidam com a aparente insuficiência do Código Civil. A resposta é negativa. Entre nós, não há um aprofundamento da discussão, quando muito, em raras ocasiões, apenas a breve anotação de que despesas incorridas devem ser reembolsadas[14]. Mas não se diz de quais despesas se está tratando, nem da variação da regra em face do tipo contratual ou de suas concretas peculiaridades, nem da proporcionalização desse reembolso[15].

Uma mirada ao direito estrangeiro – naquele exercício de comparação jurídica que não busca enxertos ou argumentos de autoridade, mas o exame de como outras experiências jurídicas construíram modelos jurídicos para lidar com problemas semelhantes, para o fito de, no movimento de retorno, verificar se algo é de ser aprendido ou, no limite da excepcionalidade, aclimatado – revela serem raras as ocasiões em que houve preocupação específica com o tema. Em verdade, o direito inglês é um dos poucos a tratar das despesas incorridas para a execução do contrato antes de sobrevinda a *frustration*, fazendo-o no *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943 para: **(i)** reconhecer que as despesas incorridas por uma das partes podem ser objeto de reembolso pelo outro contratante, a depender das peculiaridades do caso; **(ii)** e indicar que a proporção desse reembolso é fixada pelo julgador, novamente em conformidade às circunstâncias do caso[16]. Semelhantes disposições se encontram nos *Frustrated*

---

12 Como, há muitas décadas, já assinalava CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2, pp. 39-40. Esses regimes são decorrentes tanto da incidência da lei (que não é unívoca ao regular as hipóteses de impossibilidade da prestação), quanto da eficácia dos usos do tráfico e dos costumes, enquanto critérios de interpretação e – no segundo caso – fontes de deveres jurídicos.

13 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 218.

14 E.g. COGO, Rodrigo Barreto. A Frustração do Fim do Contrato. O impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, pp. 268 e 356-357.

15 A propósito do "dever de reembolsar", marque-se desde logo sua distinção para com o "dever de restituir" (que é de coisa certa, com devolução da posse imediata) e o "dever de ressarcir" ou de "indenizar" (que decorre da presença de dano). Na dicção da melhor doutrina, "o dano sofre-se, a despesa faz-se", pelo que, no segundo caso, o dever é de *reembolso*, e não de restituição ou ressarcimento (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22, respectivamente pp. 229 e ss. e 239).

16 A íntegra do dispositivo é a seguinte: "Section 1: [...] (2) [...] Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the

Contracts Acts da Nova Zelândia, de 1944 (item 3(2))[17], da província de Victoria, Austrália, de 1959 (item 3(2))[18], da província de British Columbia, Canadá, de 1974 (item 7(1)), da província de New South Wales, Austrália, de 1978 (item 11(1)), e da província de South Australia, Austrália, de 1988 (item 7).

É de se ver se, em nosso sistema, há coordenadas, ainda que sutis ou gerais, que permitam construir semelhante solução. A resposta nos parece positiva.

Por primeiro, devemos identificar do que estamos a tratar, sob o ponto de vista de sua categorização jurídica. Os casos hipotéticos, em verdade, suscitam tratar daqueles deveres de prestação que não são os primários, ou principais, ou seja, não são as prestações que informam o próprio tipo do contrato (o preço e a coisa, na compra e venda; o aluguel e a posse útil, na locação). São os *deveres secundários* que geraram despesas. E, nesse universo, não aqueles de prestação autônoma (v.g., indenização por descumprimento), mas sim ***deveres de prestação secundários meramente acessórios***.

Esses deveres apregoam condutas que "*se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a sua perfeita realização*"[19]. No "Caso do *Buffet*", tal é exemplificado pelos deveres concernentes à compra dos insumos, à preparação dos alimentos, à encomenda das flores que adornarão a mesa; todos preparando e assegurando a prestação principal, que é a prestação do serviço de *buffet* na festa a ocorrer.

Já no "Caso da Fábrica de Vestidos" e no "Caso da Compra de Madeira", é de se duvidar que a preparação da empresa para as contratações futuras ou a deliberada aquisição de madeira perante terceiros se subsumam ao conceito de *prestações secundárias meramente acessórias*. No primeiro caso, não há prestação acessória a que corresponda um dever, queremos dizer: o conteúdo contratual não compreende o *dever de estruturar* uma empresa para que o adimplemento se realize. A estocagem em armazéns, o tempo de vendedores e agentes, a capacidade operativa de *software* de gestão, etc. não são, noutras palavras, prestações acessórias componentes do objeto contratual.

---

circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred" (BEALE, Hugh; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; RUTGERS, Jacobien; TALLON, Denis; VOGENAUER, Stefan. *Cases, Materials and Text on Contract Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 1125).

17 Substituído, em 2017, pelo *Contract and Commercial Law Act*, que, porém, manteve regras muitíssimo semelhantes (Subparte 4, "Frustrated Contracts", item 62, "Court may allow party who has incurred expenses to retain or recover money").

18 Substituído, em 2008, pelo *Fair Trading and Consumer Acts Further Amendment Act*, mantendo, porém, as mesmas regras do anterior diploma (Seção 32ZH).

19 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241. Já era a antiga compreensão de BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Bahia: José Luiz Fonseca Magalhães Editor, 1896, p. 102. Em obras mais recentes, também assim: CASTRO NEVES, José Roberto de. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 123 e ss.; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71 e ss.; HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. In: MOTA, Mauricio; KLOH, Gustavo (Orgs.). *Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 491; NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 99-100.

No segundo caso, o dever assumido pela Madeireira era fornecer insumo por ela produzido e colhido, não pertencendo à disciplina do contrato a compra perante terceiros e sua sucessiva revenda. De igual modo, não nos parece, aqui, tratar-se de prestações secundárias meramente acessórias, uma vez que a conduta assumida, por liberalidade, não pertencia ao conteúdo do contrato (enquanto regra) e ao seu objeto (enquanto prestações a serem executadas).

A clareza sobre esse refinado conceito, portanto, bem sintoniza a categorização. Mas volte-se à hipótese em que presentes prestações secundárias.

Pode ocorrer que essas prestações secundárias meramente acessórias tenham sido cumpridas sem que, contudo, se consiga dar execução às prestações principais, que se veem impossibilitadas por evento superveniente. Tal não é dificultoso de compreender caso se entenda o contrato (e, de resto, o vínculo obrigacional) como um processo, sendo esta a lição canônica e sempre-nova de Clóvis do Couto e Silva, e que implica perceber o *dar*, o *pagar*, o *não fazer* e especialmente o *fazer* de modo não estático[20]. Na atividade que caracteriza a prestação de fazer (como no "Caso do *Buffet*"), parte do processo pode se ter desenvolvido sem que, contudo, as partes consigam atingir o ponto final do iter, que é o adimplemento, em decorrência da plena realização das prestações principais. Está-se a tratar, noutras palavras – seguindo a categorização jurídica dos casos –, de impossibilidade superveniente das prestações principais, fazendo ineficaz o negócio em questão.

Esse cenário enseja o segundo questionamento: o que fazer, então, com as prestações secundárias meramente acessórias que, nesse iter obrigacional, tenham sido cumpridas? O que fazer, noutras palavras, com as despesas assumidas pelo devedor para sua execução, ainda que a prestação principal se tenha impossibilitado?

Já vimos que o Código Civil não soluciona satisfatoriamente essa questão, pois sua aplicação crua remete à binária lógica de impor ao devedor suportar os efeitos da impossibilidade (arts. 234 e 235), ainda que o início da execução do contrato tenha se dado em benefício mútuo. Bem lembra Judith Martins-Costa que, para fins de avaliar a efetiva presença e as repercussões da força maior, é imprescindível que "*o limite da responsabilidade do devedor seja avaliado em referência ao conteúdo inteiro da relação obrigacional*", uma vez que não se poder "*recortar apenas a obrigação principal do complexo envolvido na relação obrigacional considerada como uma totalidade, como se apenas aquela constituísse a prestação devida*"[21]. A lição da jurista inspira buscar solução que não fuja dos quadrantes do sistema mas que o elasteça, uma vez que o Código centra foco na prestação principal para lidar com a alocação de riscos, sem, contudo, atentar para a complexidade da relação obrigacional que abarca também os secundários deveres de prestação.

---

20 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, *passim*.

21 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 292.

São dois os pilares maiores em que se pode apoiar a construção da solução.

O primeiro é por aproximar a hipótese do conceito de “despesa”, pouco trabalhado entre nós, mas de importância que remonta às priscas eras do direito romano. Segundo os poucos que atentam para seu relevo, são despesas os “*gastos, que se fazem para serviços, ou serviços que haveriam de ser pagos*”, tais como o registro na transmissão da propriedade ou mesmo – como exemplifica idêntica doutrina – “*despesas ditas interiores à relação jurídica, ou, melhor, para melhor exercício de algum direito, ou em proveito de alguma relação jurídica*”[22]. Tem direito ao reembolso dessas despesas quem, dentre outros motivos, as fez “*em virtude de negócio jurídico bilateral, ou gestão de negócios alheios*”[23].

Em nosso Código Civil, o dever de se reembolsarem despesas aparece ligado a tipos contratuais específicos, valendo destacar, para exemplo, o contrato de mandato, em que impõe-se ao mandante pagar as despesas tidas pelo mandatário com a execução do mandato (art. 676); o contrato de depósito, em que se atribui ao depositante as despesas de restituição (art. 631 *in fine*), tanto quanto aquelas tidas pelo depositário com o depósito da coisa (art. 643); ou, ainda, o contrato de comissão, estando o comitente obrigado a pagar as despesas tidas pelo comissário no desempenho de suas atividades (art. 708). O dever de reembolsar também aparece na gestão de negócios, impondo-se ao dono reembolsar o gestor pelas despesas tidas com a útil gestão dos negócios (art. 869). São hipóteses que referem a deveres de prestação secundários, que, colocados em marcha porque indispensáveis para a execução das prestações principais, sujeitam a contraparte ao reembolso das despesas que deles decorram.

A mesma lógica – parece-nos – há de reger as despesas tidas para negócios em que as prestações secundárias meramente acessórias são levadas a cabo para possibilitar a execução das prestações principais ao benefício mútuo, impossibilitadas, porém, antes que pudessem ocorrer. Em todas as hipóteses legais, o dispêndio é procedido em benefício de outrem (i.e. do mandante, do depositante, do comitente, do dono do negócio), e por isso o reembolso se justifica. O raciocínio não pode ser diverso para aquelas despesas polarizadas pelo mútuo benefício que se extrairá da execução do

---

22 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22, pp. 237-238. Já se viu que mesmo conceito se acha bem trabalhado no direito alemão, e.g.: MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract. A comparative treatise*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 460-464; VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones* (trad. W. Roces). Madrid: Reus, 1934, t. 1, pp. 90-94. O texto do BGB justifica a atenção que os juristas alemãos dão à categoria: “Section 284. Reimbursement of futile expenses. In place of damages in lieu of performance, the obligee may demand reimbursement of the expenses which he has made and in all fairness was entitled to make in reliance on receiving performance, unless the purpose of the expenses would not have been achieved, even if the obligor had not breached his duty” (tradução disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0855). O dispositivo, porém, é mais conectado a casos de inexecução culposa do contrato, e não aos de impossibilidade, sendo o reembolso de despesas, em verdade, um substitutivo à indenização que se poderia pleitear (MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German Law of Contract. A comparative treatise*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 460).

23 PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado. 3. ed. São Paulo: RT, 1984, t. 22, p. 239.

negócio, queremos dizer: se compreendidas despesas que possibilitam o adimplemento do contratado, com a realização plena da operação que se consolida enquanto objeto do contrato[24]. Se havia um dever de se as prestar para que, à utilidade mútua, se conseguisse realizar o objeto contratual, não é razoável, em caso de impossibilitada a execução das prestações principais, que com o dispêndio apenas um dos polos arque. A prestação primária será liberada pela impossibilidade; a secundária, já desempenhada, se cristalizou. A sua ulterior inutilidade não é imputável ao devedor.

A lógica também revela um pressuposto para que se possa falar de reembolso. É necessário que se trate, de fato, de prestações secundárias meramente acessórias, isto é, de atos que preparam a execução das prestações principais, em vínculo de necessidade (plasmando, por isso, deveres presentes no conteúdo negocial enquanto regras), queremos dizer: sem o que a execução das prestações principais se mostra inviabilizada. Despesas gerais tidas, por exemplo, com a constituição de uma estrutura empresarial para o fito de ofertar o que se produz (como no "Caso da Fábrica de Vestidos"), ou com itens que não compõem o programa contratual propriamente dito, e que plasmam mera discricionariedade gerencial da parte que as contraiu (como no "Caso da Compra de Madeira"), não são tidas por reembolsáveis, uma vez que não se subsumem ao conceito de prestações secundárias meramente acessórias. Trocando palavras, o conteúdo contratual não compreende o dever de executá-las, não as tendo por objeto[25]. Não havendo dever e, tanto assim, não existindo prestação, não há, em contrapartida, dever de reembolsar.

As despesas reembolsáveis de que estamos a tratar, em suma, são aquelas que se consolidam para a execução das prestações secundárias meramente acessórias, no mútuo benefício das partes, uma vez que, sem elas, o objeto do contrato não se realiza.

A solução também se pode construir, a dois – e em conjunto –, por aplicação analógica de certos dispositivos do Código Civil que tratam da redução do preço quando da impossibilidade das prestações. São assim, por exemplo, o art. 235, que trata do abatimento do preço quando a coisa é deteriorada; e, dentre os contratos legalmente típicos, o art. 567, que trata da redução proporcional dos locativos no contrato de locação quando a coisa se deteriora. Essas são hipóteses de impossibilidade parcial. A lógica é de que, tornando-se impossível prestar o originalmente devido, possibilita-se que o contraprestar

---

24 *Objeto do contrato* é o *conjunto de prestações*, sobre o qual versa o conteúdo; é a "operação jurídica concreta" querida pelas partes (LUCAS-PUGET, Anne-Sophie. *Essai sur la Notion d'Objet du Contrat*. Paris: LGDJ, 2005, p. 279); ou, como bem resume um jurista italiano: "objeto do contrato é, portanto, não a regra ditada, que do contrato constitui o conteúdo, mas o comportamento que a regra impõe ou o resultado que ela imediatamente obtém: dados externos à estrutura do contrato, designados genericamente como prestações" (GABRIELLI, Enrico. Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2012, n. 1, p. 36, nota 39).

25 Compreendendo-se "conteúdo contratual" como disciplina preceptiva com o que se comprometeram as partes, "o complexo de regras que as partes ditaram com o contrato" (CATAUDELLA, Antonino. *Sul Contenuto del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 18). Para essas distinções entre *conteúdo* e *objeto*, veja-se NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas Contratuais e Interpretação. História, Conceito e Método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 212 e ss.

se reduza ao que foi possível, minorando-se o preço para ter a coisa ainda que deteriorada, ou minorando-se o valor do locativo para retribuir a nova disponibilidade do bem.

Empregando-se essa mesma lógica, também nos casos em que alguns deveres se conseguiram cumprir, com a execução de algumas prestações (ainda que secundárias meramente acessórias), há que corresponder contraprestação que, proporcionalmente, as compense, no limite de seu reembolso. Há uma sorte de "pulverização do vínculo sinalagmático", que possibilita a compartimentada análise do prestado e do contraprestado[26]. Se é bem verdade que a impossibilidade superveniente, por impedir a execução das prestações e, assim, a realização do objeto do contrato, amputa a possibilidade de satisfação dos interesses de ambos os polos da relação, também é verdade que, nos casos a que fazemos menção, o início da execução do contrato, com a prática das prestações secundárias que preparavam a execução das principais, deu-se em benefício não de um, mas de ambos os contratantes.

A construção deste segundo pilar é analógica, uma vez que – reitere-se – o art. 235 do Código Civil (para ficar-se com a regra geral, que se repete em específico no art. 567) trata de hipótese de redução de preço por impossibilidade parcial da prestação. Nos casos que estão sob nossa análise, não há propriamente impossibilidade parcial, uma vez que umas prestações (as secundárias meramente acessórias) foram executadas, sem que se pudessem executar outras (as principais). A isso adiciona-se que, na impossibilidade parcial, subsiste o interesse do credor em obter o adimplemento parcial, o que não ocorre nos casos em comento, uma vez que é imprestável ao credor, por exemplo, receber os insumos de um buffet que não poderá ser entregue. Fossem idênticas as situações, não estar-se-ia pleiteando a possibilidade de um raciocínio analógico, que justamente tem como premissa a semelhança, e não a identidade, isto é: "um juízo de valor acerca da igualidade do valor jurídico dos fatos comparados"[27].

Aqui, "as semelhanças [que] são mais fortes que as diferenças" – i.e. o "núcleo fundamental"[28] a permitir o raciocínio analógico – repousam no polo do devedor, pois nuns e noutros casos, deu-se atendimento aos deveres que a disciplina do contrato impunha, prestando o que era possível prestar. Na impossibilidade parcial, a prestação principal foi parcialmente impossibilitada, mas executada na parte que possível; nos casos de impossibilidade total da prestação principal mas de execução das prestações secundárias meramente acessórias, estas foram executadas por inteiro. É bem verdade que o espírito

26 A expressão é de Antonio Lombardi, quando analisa a necessidade de se preservarem inafetadas as prestações de contratos de execução continuada ou periódica anteriores ao evento de impossibilidade (LOMBARDI, Antonio. *La Risoluzione per Impossibilità Sopravvenuta*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 199).

27 KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la Lógica Jurídica* (trad. Juan. A. Casaubon). Buenos Aires, EudeBA, 1973, p. 174. No mesmo sentido: ENGISCH, Karl. *Introduccion al Pensamiento Juridico* (trad. Ernesto Garzon Valdes). Madrid: Guadarrama, 1967, p. 182; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

28 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

da regra atinente à impossibilidade parcial é, em parte, evitar o enriquecimento injustificado do credor. Mas sob o ponto de vista do polo do devedor – que é o núcleo de nosso analógico raciocínio –, ela retribui o que se conseguiu prestar. Não há retribuição pelo que foi parcialmente prestado, mas reembolso pelo que se despendeu com as prestações preparatórias. É analogia, portanto, que desvela o subjacente construto de não se deixar desamparado o devedor que executou o que lhe era possível, e que, em benefício mútuo, despendeu valores que não conseguirá recuperar.

Esses, parece-nos, são os dois pilares principais em que se pode apoiar, nos quadrantes de nosso ordenamento jurídico, o dever de reembolsar as despesas tidas com a execução das prestações secundárias meramente acessórias.

A discussão subsequente que se deve travar é quanto à proporção de reembolso ou de retenção em benefício daquele que assumiu as despesas para a realização do objeto do contrato. Fazendo nossas as dúvidas que surgiram entre os ingleses a esse respeito, pode-se cogitar, a um, do reembolso de metade das despesas, de modo a solidarizar entre ambos os contratantes os efeitos da impossibilidade. Nessa lógica, caso o tomador dos serviços tenha adiantado R$ 30.000,00 ao prestador, com despesas realizadas na ordem de R$ 20.000,00, terá de devolver ao tomador R$ 20.000,00, retendo a metade do valor das despesas a título de solidarização das perdas. Mas, a dois, pode-se hipotetizar que o adiantamento exigido pelo prestador se deu justamente em vista das despesas que ele sabia iria assumir, configurando, assim, um resguardo para si próprio de que, acontecesse qualquer evento, ao menos os dispêndios seria reembolsados por inteiro. Nessa lógica, restaria devolver ao tomador dos serviços (em nosso exemplo hipotético) apenas a sobra de R$ 10.000,00 que não correspondeu ao que efetivamente despendido[29].

A segunda hipótese só nos afigura aplicável quando houver inequívoca manifestação das partes quanto à natureza do adiantamento e quanto à expressa intenção de fazer reembolsar as despesas incorridas para início da execução contratual. Do contrário, não havendo deliberação expressa quanto à alocação desses riscos, tê-la por pressuposta representaria carregar em um dos polos (em nosso exemplo, no do tomador) o dever de suportar os efeitos da impossibilidade superveniente, nele alocando os riscos pelo evento. Dentro da lógica que prioriza a cooperação contratual, sob a lente da boa-fé, e em consideração ao benefício mútuo que o início da execução contratual, por um dos polos, colocou em marcha, a consequência da impossibilidade de se prestar, nada obstante o início de execução via atos preparatórios, segue esse mesmo mutualismo e, assim, ocasiona solidarizar as perdas econômicas conflagradas com as despesas iniciais.

29 Para um resumo desses debates no direito inglês, veja-se MCKENDRICK, Ewan. The consequences of frustration – the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. In: MCKENDRICK, Ewan (Ed.). *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2. ed. Milton: Informa Law from Routledge, 2013, pp. 231-232.

É possível surgir questionamento no sentido de se compreender que as despesas foram assumidas *em benefício do polo adverso*, e não para o *mútuo interesse*, fazendo, assim, com que tenham de ser inteiramente reembolsadas. Tal ocorre em alguns casos legalmente típicos, como no das despesas tidas com a execução de mandato no interesse do mandante (CC, art. 676) ou para a gestão de negócios (CC, art. 869). Nessas, o raciocínio manda reembolsá-las na integralidade, mas tal não ocorre para os casos que estamos tratando, por conta de uma dupla e fundamental dessemelhança: **(i)** a um, porque, aqui, o que se cogita é de despesas que devem ser assumidas para que a prestação principal possa ser executada, havendo, assim, um vínculo de necessidade entre o dispêndio (para a execução das prestações secundárias) e a realização plena do objeto do contrato (via execução das prestações principais), o que não ocorre nas demais hipóteses aludidas; **(ii)** e, a dois, porque, aqui, a despesa é assumida não à realização do interesse de outrem, mas à consecução dos mútuos interesses, que se satisfazem com o executar das prestações principais.

Não se nega, com isso, que não haja situações em que o reembolso terá de se dar por inteiro. Caberá ao aplicador, porém, empregar delicado bisturi e distinguir se o caso é de dispêndios assumidos ao benefício mútuo ou ao benefício de um só dos polos, assim dosando a proporcionalização da reposição.

Em qualquer hipótese, podendo o devedor mitigar seu próprio prejuízo, tanto melhor – ele tem o dever de fazê-lo[30]. Tal pode se consolidar em atitudes, por exemplo, como as de revender os insumos adquiridos para a cocção dos alimentos do *buffet*, de congelar o que pode ser congelado para uso futuro, de renegociar valores com os garçons e as copeiras que foram subcontratados. Nessas situações, abatidas as despesas, a diferença a remanescer é que, em benefício mútuo, haverá de ser dividida entre uma parte e outra, na solidarização dos prejuízos.

* * *

"*A experiência não é experimental. Não se pode provocá-la. Apenas se submeter a ela*"[31]. Essas palavras do mesmo Camus com que se principiou este ensaio, registradas em *Caderno* de pertinente título, lembram-nos que o esforço do estudioso, em tempos de incertezas, não supera o *teste da experiência* – a ele se submete, nada obstante a tentativa

30 Sobre o dever de mitigar o próprio prejuízo, sua originária presença no art. 77 da CISG e sua adoção, entre nós, veja-se: FRADERA, Véra Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004, v. 19; LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013; ZANETTI, Cristiano de Sousa. A mitigação do dano e a alocação da responsabilidade. *Revista Brasileira de Arbitagem*. São Paulo: CBAr, 2012, v. 35.

31 CAMUS, Albert. *Cadernos (1935-37). Esperança do Mundo*. São Paulo: Hedra, 2014, p. 13.

> de antecipação, nada obstante a inspiração por orientar e construir alguma *certeza nas incertezas*. A ele se submete porque o variar é maior que a antecipação, e as nuances e as incertezas vão erigindo tanto a obra coletiva da doutrina quanto a tragédia do doutrinador, que sempre ergue e vê a pedra cair do topo da montanha. "*Antes paciência que experiência. Nós esperamos – ou melhor, nós padecemos*"[32].

As respostas propostas, portanto, nesse exercício de *antecipação das incertezas*, são as seguintes:

Pergunta 1: **no "Caso da Fábrica de Vestidos", o que sucede com custos gerais suportados pela Distribuidora?**

Como esses não têm origem no programa contratual, nem recaem sobre objetos de prestação contratual (primária ou secundária), essas despesas não são reembolsáveis.

Pergunta 2: **no "Caso da Compra de Madeira", o que sucede com os custos específicos por si suportados?**

Aqui, os fatos induzem ao erro. O objeto da despesa é a prestação primária (entrega da madeira) do contrato. Mas o ato de incorrer na despesa, naquele momento, não é parte do contrato. A parte o incorreu porque assim preferiu se portar, e não porque o contrato o impunha. A despesa não é *causada* por dever de prestação, e não é suscetível de reembolso.

Pergunta 3: no "Caso do *Buffet*", que sucede com os custos específicos por si suportados?

Aqui, sim, as despesas respondem a um dever secundário acessório do (uma conduta prescrita pelo) contrato. Como é partícula satisfeita do programa contratual, a superveniência da impossibilidade não pode ignorá-la. Não se cogita de pagamento de preço – esse só viria com a prestação primária, em sua inteireza –, mas não se pode relegar à perda quem desempenhou dever no interesse comum. Feitas no interesse comum, elas se partilham; feitas no interesse de um dos polos, elas se reembolsam por inteiro. Caberá ao intérprete perceber a sutil distinção, tanto quanto analisar o que, no atendimento ao dever de mitigar o prejuízo, se oportuniza abater.

32 Idem ibidem.

Medidas Trabalhistas destinadas ao Enfrentamento da Crise provocada pelo COVID – 19

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Titular da Cadeira número 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas (EAESP – FGV) e da Universidade São Judas Tadeu. Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB SP (2019-2021). Vice-Presidente da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo. Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Nantes.

Paula Esteves da Costa
Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade São Judas Tadeu.

1 Considerações introdutórias sobre a crise econômica atual

Segundo o Professor Amauri Mascado Nascimento, crise econômica é um fenômeno episódico, que tem várias dimensões e que anda de mãos dadas com as variações do sistema econômico mundial, nacional e empresarial e, por consequência, com o problema dos empregos e a necessidade da sua manutenção[1] .

A sua ligação com o direito do trabalho é inegável, embora não seja correta a responsabilização deste pela sua existência. A crise atual veio para provar isso na medida em que as razões que a desencadearam são de ordem médica, com origem distante da legislação trabalhista brasileira. Identificado pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, em 1 de dezembro de 2019, com um grupo emergente de pessoas com pneumonia de causa desconhecida, ligadas principalmente a vendedores ambulantes que trabalhavam no Mercado de Frutos do Mar, que também vendia animais vivos, o COVID-19 consiste numa doença respiratória aguda causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2) e foi declarado uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020.

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. Revista LTr 73-01/7.

Chamamos de pandemia (do grego *pan* significa tudo/ todo e *demos* significa povo) as epidemias de doenças infecciosas que se espalham entre a população localizada numa grande região geográfica como, por exemplo, um continente, ou mesmo o Planeta Terra[2]. A Organização Mundial de Saúde exige a presença de três condições para reconhecer a existência de uma pandemia. São elas: 1) O aparecimento de uma nova doença na população; 2) que o agente causador da doença infecte humanos, causando uma doença séria; 3) que o agente se espalhe fácil e sustentavelmente entre humanos. Em suma, uma doença ou condição não pode ser considerada uma pandemia somente por estar difundida ou matar um grande número de pessoas. É preciso que ela seja infecciosa. O câncer, por exemplo, é responsável por um número grande de mortes, mas não é considerado uma pandemia por não ser, em regra, contagioso.

Foram muitos os efeitos nas relações sociais decorrentes das medidas de enfrentamento da doença. A decretação de isolamento ocasionou a separação de pessoas doentes ou contaminadas de outras pessoas, dos meios de transporte, suas bagagens dos pertences de outras pessoas, as mercadorias ou encomendas postais afetadas, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus[3]. A imposição de regimes de quarentena restringiu atividades, provocou a separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ocasionou separação de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação visando prevenir possível contaminação ou a propagação do causador [4]. Essas duas medidas, contudo, não se mostraram suficientes, diante do rápido aumento nos números do contágio e da constatação de existência, no Brasil, da chamada transmissão comunitária, quando já não se pode rastrear a ligação entre os casos e o isolamento das pessoas expostas não se mostra mais suficiente para frear a transmissão.

A pandemia do COVID 19 é, a um só tempo, um fato absolutamente imprevisível e inevitável. Imprevisível porque não se poderia imaginar, meses atrás, que estaríamos hoje em situação de confinamento domiciliar para impedir ou reduzir a propagação de uma doença infecto contagiosa. Inevitável porque a disseminação rápida da doença, atingindo mesmo, ainda que de forma menos danosa, os países mais precavidos e mais diligentes na adoção de medidas de proteção, evidencia que mesmo com a adoção de todas as cautelas possíveis seria impossível seria muito pouco provável que um países aberto e com grande fluxo turístico conseguisse impedir a propagação da epidemia[5].

2 Greenberg, Raymond S.; Daniels, Stephen R.; Flanders, W. Dana; Eley, John William; Boring, III, John R (2005). *Epidemiologia Clínica*. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed. p. 18. ISBN 85-363-0159-7.

3 Artigo 2º,I da Lei 13.979.

4 Artigo 2º,II da Lei 13.979.

5 É relevante observar que entre o diagnóstico do primeiro caso e o dia 10 de abril de 2020, um intervalo de cerca de quatro meses, 185 países já haviam registro casos de contaminação e apenas 15 ainda não haviam registrado um caso sequer. São eles: Samoa, Lesoto, Coreia do Norte, Turcomenistão,

Em 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, reconheceu-se que o Brasil estava em estado de calamidade pública, o que, resultou em flexibilização dos limites orçamentários, permitindo a destinação excepcional de mais recursos à saúde sem risco de cometimento de crime de responsabilidade fiscal e legitimou a instauração de regimes jurídicos urgentes e provisórios visando a refrear os impactos da situação calamitosa. Adotou-se, a partir de então, o distanciamento social consistente na diminuição de interação entre as pessoas de uma comunidade para diminuir a transmissão do vírus. Trata-se de uma estratégia importante quando há indivíduos já infectados, mas ainda assintomáticos ou oligossintomáticos, que não se sabem portadores da doença e não estão em isolamento. Recomenda-se esta medida para os locais onde já há transmissão comunitária, ou seja, já não se pode rastrear a ligação entre os casos e o isolamento das pessoas expostas não se mostra mais suficiente para frear a transmissão. As primeiras medidas de distanciamento social são, em geral, o fechamento de escolas, mercados públicos, parques e outros locais com grande concentração de pessoas, o cancelamento de eventos e de trabalho em escritórios, o estímulo ao teletrabalho. Quando esse estágio é atingido apenas os serviços essenciais devem ser mantidos.

Essas mudanças sociais apresentaram, naturalmente, incontáveis implicações na esfera jurídica. Revisões de contratos por aplicação da teoria da imprevisão, postergação da exigibilidade de tributos, medidas administrativas restringindo a circulação de pessoas e, para o que interessa ao Direito do Trabalho, normas disciplinando mecanismos para enfrentamento de crise, proteção do emprego e da renda. Sob este último aspecto, no período de pouco menos de três meses, foram editadas diversas normas pelos Poderes Executivo e Legislativo, com vistas a regulamentar, ainda que minimamente, situações atingidas pelas consequências causadas pela pandemia.

Para uma perfeita compreensão das medidas adotadas é preciso ter em conta que o Direito do Trabalho e a Economia mantém uma relação ao mesmo tempo próxima e bastante complexa. Se é inegável que as despesas com mão de obra, resultado direito da legislação trabalhista, representam um dos principais custos fixos dos empreendedores, principalmente dos que se dedicam ao setor terciário, não menos certo é que a proteção assegurada pela legislação trabalhista é fundamental para uma adequada distribuição de

---

Tajiquistão, Nauru, Tuvalu, Palau, Micronésia, Tonga, Vanuatu, Comores, Kiribati, Ilhas Marshall e Ilhas Salomão. Observe-se que os países em questão ou são ilhas com pequeno território e relativamente isoladas, caso de Palau, Nautur, Micronésia, ou regimes ditatoriais e muito fechados para o resto do mundo, como Coreia do Norte e Turcomenistão. No caso da Coreia do Norte, dada a su proximidade com a China, alguns jornalistas questionam a veracidade das informações veiculadas, aventando-se a possibilidade de casos de contágio não estarem sendo divulgados e, eventualmente, sequer contabilizados pelas autoridades públicas. ROSSINI, Maria Cláudia. Quais países ainda não têm casos de coronavírus? *Revista Super Interessante.* Disponível em: https://super.abril.com.br/sociedade/quais-paises-ainda-nao-tem-casos-de-coronavirus/ . Acesso em 22 de abril de 2020.

renda, essencial para reduzir a desigualdade social e também para impulsionar o consumo.

Em tempos de prosperidade, o Direito do Trabalho tende à expansão. Somente em momentos de prosperidade são editadas leis, que, às expensas das empresas, aumentam os ganhos dos trabalhadores ou intensificam de algum outro modo a proteção social. Nos anos 2000 e início dos anos 2010, em que o Brasil viveu anos seguidos de acentuado crescimento, ou pelo menos de estabilidade política e econômica, foram muitos os diplomas que ampliaram os direitos trabalhistas. Cabe destacar a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço pela Lei 12.506, as duas leis que regulamentaram a profissão de motorista, a ampliação dos direitos das doméstica pela Emenda Constitucional número 72 e posteriormente pela Lei Complementar número 150, isso para não falar de uma revisão bastante progressista da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

O reverso da moeda também é inquestionável. Em momentos de recessão, os movimentos de flexibilização e de desregulamentação se acentuam. A reforma trabalhista de 2017 e a introdução, no final dos anos 90 e início dos anos 2000, de figuras como o contrato a tempo parcial, a regulamentação do banco de horas e a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional são importantes exemplos desse fenômeno.

Mesmo em tempos de bonança, aumentar desmedidamente a proteção social, sem uma correspondência com a realidade do setor da atividade econômica desenvolvida e com o capital da empresa, acaba sendo sempre um “tiro no próprio pé”. O encarecimento exagerado da mão-de-obra finda por reduzir ou frear a intensidade do crescimento econômico até então vivenciado.

Reduzir exageradamente os direitos trabalhistas em tempos de crise econômica tampouco representa uma ideia adequada. O empobrecimento da classe trabalhadora em momentos de acentuada crise econômica seguramente dificulta, quando não inviabiliza, a retomada do crescimento após o fim da tormenta.

Se é absolutamente catastrófico para a economia permitir que empresas desapareçam em razão da impossibilidade de pagar os seus empregados, não menos desastroso é empobrecer a classe trabalhadora ao ponto de inviabilizar a retomada do consumo, essencial para a intensificação da produção. O equilíbrio entre os dois pratos dessa balança é essencial. Para atingi-lo, o Direito do Trabalho desenvolveu, ao longo de sua história os chamados mecanismos de enfrentamento de crises econômicas que, em geral, partem do pressuposto de que em cenários de crise alguma perda econômica momentânea é sempre preferível à perda do posto de trabalho.

O tema do presente parecer envolve a possibilidade de se invocar preceito legal existente na legislação brasileira desde os anos trinta. A despeito de inúmeras modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, sua regra foi mantida, de forma idêntica a que foi estabelecida no início dos anos cinquenta. O escopo da aludida regra se aproxima bastante, como será possível observar,

do que fora estabelecido pelo governo federal em suas mais recentes normas dedicadas ao enfrentamento da crise.

Em um primeiro momento, ao editar a Medida Provisória 927, o governo brasileiro inclinou-se a tentar solucionar a crise provocada por esta pandemia com mecanismos próprios do enfrentamento de crises setoriais. A sua estratégia consistiu apenas em acentuar mecanismos que já existiam, como a possibilidade de redução da jornada e do salário, o desfrute antecipado de férias, a prevalência da norma individual sobre a coletivamente negociada e sobre a legislação, além da utilização como remédio de enfrentamento de crise de mecanismos de gestão que já existiam e ordinariamente serviam para outros fins, como o teletrabalho e a compensação de sobrejornada e de feriados. Regulamentou, inicialmente, a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional sem contrapartida financeira alguma por parte do empregador. Diante da repercussão absolutamente negativa das medidas adotadas, o governo recuou e revogou, poucas horas depois, o artigo 18, eliminando a possibilidade de suspensão do contrato sem contraprestação pecuniária alguma, como inicialmente previsto.

A mudança de inclinação do governo brasileiro resta ainda melhor evidenciada pela sanção da lei 13.982[6], que instituiu a chamada Renda Básica de Emergência; pela edição da Medida Provisória 936, que instituiu o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda[7]; pela Medida Provisória 945, que assegurou ao trabalhador portuário avulso, enquanto persistir o impedimento de escalação em razão da pandemia, o direito ao recebimento de indenização compensatória mensal no valor correspondente a cinquenta por cento sobre a média mensal recebida por ele por intermédio do Órgão Gestor de Mão de Obra entre 1º de outubro de 2019 e 31 de março de 2020 e pela Medida Provisória 846 que possibilitou o resgate parcial do saldo do FGTS.

A mudança na linha adotada pelo governo foi providencial. A crise atual é distinta de tudo o que foi visto até então. Enfrentá-la com os mesmos instrumentos de sempre claramente não é a melhor opção. As propostas governamentais inicialmente apresentadas para enfrentar a crise, evitando perda de postos de trabalho representavam, em uma alegoria, a utilização, em maior intensidade, de remédios próprios para gripe para tratar e eventualmente curar um paciente acometido de uma doença nova, para a qual não há vacina.

---

6 Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

7 O Benefício em questão foi instituído como parte do chamado o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Poderia até funcionar, mas o risco era gigantesco.

Em uma crise global diferente de tudo o que já foi visto, quando claramente a luz no fim do túnel ainda não chegou, mecanismos de suspensão do contrato de trabalho, antecipação de períodos de descanso, redução de salários e de jornada e teletrabalho, embora necessários, claramente não são suficientes, por si só, para preservar empregos.

A forma de preservar empresas, empregos e renda, num cenário econômico em que ainda é impossível ver a luz no fim do túnel é, inquestionavelmente, acentuar a intervenção estatal. O necessário protagonismo que o estado deve assumir nesse momento passa por questões assistenciais, como as já adotadas pelo governo, fiscais (perdão ou renegociação de dívidas tributárias, postergação do prazo de pagamento, redução momentânea de impostos, desoneração momentânea das folhas de pagamento...), por questões trabalhistas (assunção de algumas dívidas, reconhecendo a existência de fato do príncipe, concessão de benefícios fiscais futuros para quem preservar postos de trabalho, renda mínima garantida), além de um esforço redobrado para que as medidas sanitárias surtam efeito o mais rapidamente possível, possibilitando que a doença seja curada deixando o mínimo de sequelas.

Nesse momento, não importa se você é favorável a uma maior ou menor intervenção do Estado na economia, nem se segue a doutrina desenvolvimentista ou liberal. É preciso reconhecer que se dispomos de um Estado, em um momento excepcional como esse em que vivemos, a ele caberá o protagonismo da solução das questões médicas e da preservação de empregos, empresas e renda. Não é factível transferir, seja em que medida for, essa responsabilidade para a iniciativa privada. Não teremos retomada de crescimento se as empresas fecharem. Tampouco teremos retomada de crescimento com um contingente ainda maior de desempregados ou de trabalhadores excessivamente empobrecidos e, por essa razão, afastados do mercado de consumo. Os condutores da Economia brasileira aparentemente perceberam que iam pelo caminho errado e, em diversos aspectos, reconduziram a rota.

O instituto do fato do príncipe, pouco aplicado num passado recente, merece ser resgatado e valorizado dada a sua convergência com as medidas estatais adotadas até o momento para o enfrentamento da crise econômica atual.

2 Normas editadas pelo Governo Federal e seu objetivo

Analisar-se-á, ato contínuo, as normas editadas pelo governo Federal para o enfrentamento da crise provocada pelo Coronavírus.

2.1 Lei n. 13.979/2019, regulamentada pelo Decreto n. 10.282/2020

A Lei n. 13.979, de 06.02.2020, introduziu no ordenamento brasileiro medidas específicas para o enfrentamento da crise provocada pela pandemia do Coronavírus, com o objetivo de proteção da coletividade. Para compreendê-la é preciso contextualizá-la. No momento de sua promulgação, o Brasil ainda não havia confirmado nenhum caso de coronavírus em seu território ou entre os seus nacionais. O primeiro foi confirmado apenas em 26 de fevereiro do corrente ano, na cidade de São Paulo.

As medidas lá previstas, isolamento e quarentena, mostraram-se insuficientes para combater a propagação do vírus no Brasil, o que atraiu muito rapidamente a adoção de novas medidas.

A norma em questão cuidou de estabelecer, no § 3º do art. 3º, que seria considerada falta justificada ao trabalho o período de ausência dos empregados que estiverem submetidos às medidas previstas naquele artigo, quais sejam: isolamento; quarentena[8]; exames médicos, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, todos de maneira compulsória e, por fim, com restrição de circulação, em virtude de retorno de viagens internacionais. O grande problema é que pouco tempo após a sua edição, a constatação da existência de transmissão comunitária no Brasil fez com que diversos entes da Federação, em especial governos estaduais e municipais, adotassem estratégias de distanciamento social como fechamento de escolas e parques, cancelamento de eventos, proibição temporária de cultos religiosos, entre tantas outras.

De todo modo, a norma em questão permanece válida. Na hipótese de falta do empregado ao serviço por alguma das situações previstas no rol legal, estar-se-ia diante de situação de interrupção do contrato de trabalho. Ou seja, a implicação de se considerar falta justificada ao serviço, com a consequente interrupção do contrato de trabalho, é a ausência da prestação de serviços pelo empregado, sem prejuízo de seu salário e demais efeitos de seu vínculo empregatício, como a contagem de tempo para fins previdenciários e depósito das parcelas de FGTS.

Demais disso, caso o trabalhador permaneça afastado do trabalho por mais de 15 dias, aplica-se o disposto no art. 60 da Lei n. 8.213/1991, pelo qual o empregado perceberá auxílio-doença, a ser pago pelo INSS, a partir do 16º dia de afastamento.

---

8 O art. 2º da Lei n. 13.979/2020 estabelece que a distinção entre isolamento e quarentena reside na efetiva contaminação. Isto é, o isolamento consiste na "*separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus*", enquanto a quarentena se presta à "*restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus*".

Contudo, a dificuldade enfrentada na aplicação do § 3º do art. 3º da Lei n. 13.979/2020 diz respeito à autodeclaração dos trabalhadores que estejam com os sintomas da doença, embora não apresentem à empresa o atestado médico comprobatório de sua situação.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) editou a Nota Técnica n. 01/2020[9], em que recomendou às empresas e aos empregadores que aceitassem a autodeclaração do empregado que apresentasse os sintomas do Coronavírus, apresentada por escrito (independente do meio, como, por exemplo, por e-mail ou mensagem digital), e permitissem/promovessem o afastamento do local do trabalho, como medida de prevenção de saúde pública, com fundamento no dispositivo mencionado alhures.

Se for falsa a autodeclaração, o empregado estará sujeito às penalidades pelo cometimento, em tese, dos crimes de estelionato (previsto no art. 171 do Código Penal) e de falsidade ideológica (previsto no art. 299 do Código Penal), bem como às sanções decorrentes do poder diretivo do empregador.

No mais, a Lei n. 13.979/2020 foi regulamentada pelo Decreto n. 10.282, de 20.03.2020, que definiu como serviços e atividades essenciais aqueles "indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (art. 3º, *caput*). Foram citadas, em rol não exaustivo, atividades como assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares; atividades de segurança pública e privada; transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo; telecomunicações e internet; serviços de *call center*, dentre outras.

Finalmente, o Decreto determinou que, para a realização das atividades e serviços essenciais, deveriam ser adotadas todas as cautelas para redução da transmissibilidade do Coronavírus (art. 3º, § 7º), muito embora o dever da empresa de promover as medidas que visem à segurança e à saúde dos empregados seja de observância obrigatória e esteja previsto no art. 7º, XXII, da Constituição Federal e no art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras regras, como as constantes em Normas Regulamentadoras do Ministério da Economia (a exemplo da NR 06, que dispõe sobre o uso e fornecimento de EPI – Equipamentos de Proteção Individual).

2.2 Medidas Provisórias n. 927/2020 e 928/2020

Ante a fixação, pelo Decreto n. 10.282/2020, de quais seriam as atividades e serviços essenciais, algumas empresas que se encontraram excluídas do permissivo de funcionamento regular buscaram soluções para manutenção de

9 Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/recomendacao_atestados-1.pdf>. Acesso em 05 abr. 2020.

suas atividades, sem prejuízo de empregos, como, por exemplo, a concessão de férias coletivas aos seus empregados[10].

Todavia, as soluções existentes na legislação trabalhista se aplicam à normalidade das situações, são muito úteis para o enfrentamento de crises setoriais, e não abarcaram medidas de urgência, necessárias no momento por que passa o mundo, sem que as empresas acabassem por agir na ilegalidade, ante o descumprimento das normas vigentes, com possíveis consequências a desaguar futuramente no Poder Judiciário. Assim, embora pudessem ser concedidas férias coletivas aos empregados de determinado setor ou de toda a empresa, não era razoável se exigir o cumprimento do prazo previsto nos parágrafos 2º e 3º do art. 139 da CLT[11].

O grande problema é que o prazo do art. 139 da CLT é muito grande para o enfrentamento de uma crise como a atual, e não comporta exceções. Era preciso mitigar os prazos lá estabelecidos para combater a presente pandemia. Demais disso, o distanciamento social então imposto dificultou a resolução de casos pontuais junto aos sindicatos da categoria, no uso das atribuições de negociação coletiva que lhes confere.

Para resolver, então, as questões postas quanto às medidas trabalhistas a serem adotadas pelas empresas cujas atividades não foram definidas como essenciais, foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória n. 927, em 22.03.2020. A sua vigência é limitada no tempo pela própria natureza do instituto jurídico Medida Provisória(art. 62, CF) e pela duração do estado de calamidade pública, fixado pelo Decreto n. 10.282/2020. Trata-se, por conseguinte, de nítida norma de efeito temporário.[12] Passada a crise, os seus preceitos perderão validade e não mais serão admitidos os mecanismos de enfrentamento de crise econômica lá previstos.

Com efeito, a MP 927/2020 trouxe como alternativas aos empregadores as seguintes medidas: o teletrabalho; a antecipação de férias individuais; a concessão de férias coletivas; o aproveitamento e a antecipação de feriados; o banco de horas; a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; o direcionamento do trabalhador para qualificação; e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

---

10 Cita-se, como exemplos, Volkswagen, Ford, GM e Mercedes Benz. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/coronavirus-montadoras-concedem-ferias-coletivas-e-banco-de-horas/>. Acesso em 05 abr. 2020.

11 *In verbis:* Art. 139 - Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.
(...)§ 2º - Para os fins previstos neste artigo, o empregador comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, as datas de início e fim das férias, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida.
§ 3º - Em igual prazo, o empregador enviará cópia da aludida comunicação aos sindicatos representativos da respectiva categoria profissional, e providenciará a afixação de aviso nos locais de trabalho.

12 A Lei de Introdução às normas do direito brasileiro admite esse tipo de medida em seu artigo 2º, que assim dispõe "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

Verdade seja dita, alguns dos mecanismos de enfrentamento de crise lá propostos já existiam. Foram apenas sutilmente flexibilizados em razão da necessidade de urgência na sua adoção. É o caso do teletrabalho e do banco de horas, notadamente.

Antes mesmo de passar à regulamentação de cada uma dessas medidas, a MP 927 trouxe, em seu art. 2º, declaração genérica sobre celebração de acordo individual entre empregado e empregador[13], com indefinição objetiva quanto aos limites do que poderia ser celebrado entre ambos, ao mesmo passo em que determina sua prevalência sobre normas coletivas e demais instrumentos legais. Assim, a constitucionalidade e aplicação do artigo são incertas, ante a inexequibilidade do artigo e ausência de quaisquer limitações pela própria MP[14].

Superado esse ponto, verifica-se que a primeira medida estipulada, o teletrabalho, foi adotado por diversas empresas sob a alcunha de "*home office*"[15]. Por tal modalidade, substitui-se o trabalho em regime presencial para o teletrabalho, cuja alteração de regime deverá ser notificada ao empregado, aprendiz ou estagiário, com antecedência de, no mínimo 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico.

Embora a alteração do regime prescinda de registro no contrato do empregado, determinou-se a celebração de acordo individual para estipular questões relativas à aquisição, manutenção ou fornecimento da infraestrutura necessária para realização das atividades e despesas advindas da prestação de serviços. Dispôs-se, igualmente, na hipótese de o empregado não dispor da infraestrutura necessária, o empréstimo dos equipamentos pelo empregador, ou, na impossibilidade de ocorrência de tal comodato, o cômputo do período da jornada normal de trabalho como tempo à disposição do empregador.

A segunda medida permitiu antecipar as férias individuais a que teria direito o empregado, ainda que não transcorrido a totalidade do período aquisitivo. Para a concessão das férias, determinou-se a prévia comunicação ao trabalhador com, no mínimo, 48 horas de antecedência ao início do período de gozo, sendo que este não pode ser inferior a 5 dias corridos e podendo, inclusive, antecipar períodos futuros de férias. Permitiu-se suspender as férias dos profissionais da área de saúde, bem como postergar o pagamento do terço constitucional de férias para até a data em que se paga o décimo terceiro salário.

---

13 *In verbis*: "Art. 2º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição."

14 CAPOZOLI, M. D.; COSTA, P. E.; QUEVEDO, L. F. P. **Medida Provisória n. 927/2020**. No prelo.

15 "43% das empresas adotaram home office devido ao coronavírus". Disponível em: < https://valor.globo.com/carreira/noticia/2020/03/20/43percent-das-empresas-adotam-home-office-devido-ao-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 05 abr. 2020.

Para resolver o problema suscitado anteriormente, a MP trouxe a terceira medida, que possibilitou que as férias coletivas pudessem ser concedidas de maneira a não se observar o limite máximo de períodos anuais e o limite mínimo de dias corridos, previstos no art. 139 da CLT, bem como dispensou a comunicação prévia ao Ministério da Economia e ao sindicato da categoria. Apenas estabeleceu que a notificação ao conjunto de empregados beneficiados pelas férias coletivas deva ser avisado com antecedência mínima de 48 horas.

Estipulou-se também a quarta medida, que é a possibilidade de aproveitamento e antecipação de feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, devendo haver a notificação aos empregados beneficiados, por escrito ou meio eletrônico, com antecedência mínima de 48 horas e indicação expressa de quais os feriados a ser aproveitados, que, também, poderão ser utilizados para compensação do saldo em banco de horas. Por sua vez, o aproveitamento de feriados religiosos depende da concordância do empregado, mediante celebração de acordo individual escrito.

A quinta medida diz respeito à autorização de interrupção das atividades pela empresa, com a constituição de regime especial de compensação de jornada, por meio de banco de horas, em favor do empregado ou do empregador, a ser estabelecido por acordo individual ou coletivo, para compensação no prazo de até 18 meses, contados a partir do encerramento do estado de calamidade pública.

A compensação poderá ser feita por prorrogação diária de até 2 horas, desde que a jornada não exceda 10 horas e, ainda, poderá ser determinada pelo empregador independentemente de convenção coletiva, ou acordo individual ou coletivo. Isto é, o empregador determinará a maneira de compensar as horas do banco, independentemente da concordância do empregado ou do sindicato que o representa.

A sexta medida cuida da suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, pela qual se sustou a obrigatoriedade da realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, durante o estado de calamidade pública, porém deverão ser realizados no prazo de até 60 dias após sua cessação. As exceções dizem respeito a eventual risco à saúde do empregado verificado pelo médico coordenador do PCMSO da empresa, e a dispensa da realização do exame demissional, caso o exame médico ocupacional tenha sido realizado há menos de 180 dias.

Sustou-se também a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos previsto nas Normas Regulamentadoras. Os treinamentos, contudo, poderão ser realizados à distância, se possível, ou, não o sendo, deverão ser realizados no prazo de até 90 dias do encerramento do estado de calamidade pública.

Ainda, possibilitou-se a manutenção da CIPA até o encerramento do estado de calamidade pública e a suspensão dos processos eleitorais em curso.

A sétima medida de que cuida a MP 927 é relativa ao diferimento do recolhimento do FGTS, que suspendeu a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências dos meses de março a maio de 2020, independentemente do número de empregados, do regime de tributação, da natureza jurídica e do ramo de atividade.

Houve, ainda, a edição de demais disposições, como, por exemplo, a suspensão dos prazos processuais para apresentação de defesa e recurso no âmbito de processos administrativos originados a partir de autos de infração trabalhistas e notificações de débito de FGTS, bem como a determinação de necessária comprovação de nexo causal para que se considere a contaminação por coronavírus como doença ocupacional.

O ponto mais polêmico da MP 927/2020 foi, sem dúvidas, o art. 18, revogado pela Medida Provisória n. 928, de 23.03.2020, ante a inconstitucionalidade do dispositivo, assim como as críticas que reverberaram na mídia e nas redes sociais a esse respeito[16].

A previsão revogada possibilitava a suspensão do contrato de trabalho por até 4 meses, independentemente de acordo ou convenção coletiva, para direcionamento do empregado direcionado para participação em curso ou programa de qualificação profissional à distância, oferecido pelo empregador, de maneira direta ou por meio de outras entidades, no período de igual duração da suspensão do contrato de trabalho. Nesse período, poderia haver “ajuda de custo” paga pelo empregador, que não teria natureza salarial.

Além dos pontos de inconstitucionalidade do revogado art. 18, a principal crítica feita diz respeito à adoção de medidas que violam a dignidade, os direitos fundamentais e a própria vida do trabalhador, que, na falta de meios de subsistência por 4 meses, acabaria por ter alijados os meios dignos de subsistência para se manter durante a crise, com sérias implicações na própria saúde e segurança, bem como para suas famílias e dependentes.

2.3 Medida Provisória n. 936/2020

Em 01.04.2020 foi editada a Medida Provisória n. 936, que instituiu o “Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”, e trouxe duas possibilidades aos empregadores: (i) redução proporcional de jornada de trabalho e salário e (ii) suspensão do contrato de trabalho.

O art. 7º, que prevê a redução proporcional de jornada de trabalho e salário, embora orientado pela necessidade de se criar alternativas

16 “Juízes criticam MP 927. ‘Em choque’, diz magistrado. Ministério Público pede soluções negociadas”. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/03/juizes-criticam-mp-927/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

com vistas à manutenção da atividade econômica e dos empregos, apresenta constitucionalidade duvidosa. O risco de futura decretação de inconstitucionalidade deriva da inobservância do disposto no art. 7º, inciso VI, da CF, que coloca como irredutível o salário do trabalhador, exceto se disposto de maneira distinta em convenção ou acordo coletivo. É evidente que o preceito constitucional foi concebido como mecanismo de enfrentamento de crises setoriais e não de uma pandemia cuja principal característica reside justamente na imposição de um confinamento domiciliar que impede as pessoas de consumir e, por conseguinte, de movimentar a economia.

Ao possibilitar a redução de jornada de trabalho e salário diretamente entre empregador e empregado, por meio da celebração de acordo individual, o art. 7º da MP 936/2020 viola, frontalmente, o disposto no art. 7º, VI, da CF, motivo pelo qual se torna um dispositivo natimorto e, por conseguinte, de aplicabilidade temerosa.

Assim, os empregadores que desejarem proceder à redução de jornada e salário, na esteira do previsto na MP 936/2020, deverão procurar o sindicato profissional e com ele celebrar acordo coletivo de trabalho, ou convenção coletiva – se houver a participação do sindicato patronal, tudo com vistas a mitigar as fragilidades jurídicas advindas de eventual aplicação do disposto no art. 7º da MP.

A outra possibilidade trazida pela MP 936/2020 é a suspensão do contrato de trabalho do empregado. O empregador poderá acordar com o empregado a referida suspensão, por acordo individual, pelo prazo máximo de 60 dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de 30 dias.

Enquanto houver a suspensão do contrato de trabalho, o empregado receberá todos os benefícios concedidos pelo empregador e, caso assim deseje, poderá contribuir como segurado facultativo em favor do INSS. Porém, a suspensão restará descaracterizada caso o empregado mantenha a prestação de serviços em favor do empregador nesse período, caso em que este estará sujeito ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período; às penalidades previstas na legislação em vigor; e às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo.

Uma vez suspenso o contrato de trabalho, poderá ser paga “ajuda compensatória mensal” pelo empregador, cujo valor poderá ser definido mediante acordo individual ou coletivo, e possuirá natureza indenizatória. Como contrapartida, o valor pago poderá excluído do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

Além disso, criou-se hipótese garantia provisória no emprego, aos empregados que receberem o “Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda”. Isto é, após o período acordado de redução da jornada

de trabalho e de salário (com a ressalva quanto à constitucionalidade dessa possibilidade) ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, serão restabelecidas as condições anteriores do contrato de trabalho, sendo que o empregado não poderá ser dispensado sem justa causa no período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão realizada.

Em qualquer das duas hipóteses, será pago pela União o "Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda", independentemente do cumprimento de qualquer período aquisitivo, do tempo de vínculo empregatício e do número de salários recebidos pelo empregado. O valor do Benefício será o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do art. 5º da Lei n. 7.998/90.

Para que seja realizado o pagamento do Benefício pela União, deverá, necessariamente, haver o cumprimento das seguintes condições: (i) informação, pelo empregador, ao Ministério da Economia, quanto à redução da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, no prazo de 10 dias, contado este da data da celebração do acordo com o empregado; (ii) após a celebração do acordo e a observância do prazo de 10 dias para comunicação ao Ministério da Economia, haverá o pagamento da primeira parcela no prazo de 30 dias, contado este da data de celebração do acordo, e (iii) o pagamento do Benefício durará somente enquanto houver a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Verifica-se, com a edição da MP 936/2020, que o Executivo, além de objetivar a mitigação das contundentes críticas realizadas à MP 927/2020, trouxe para si parte da responsabilidade que lhe cabe no enfrentamento ao Coronavírus, ao assegurar renda mensal aos trabalhadores que tiverem seu contrato de trabalho suspenso, ou sofrerem redução de jornada de trabalho e salário – ônus este que, até então, era suportado com exclusividade pelas empresas[17].

2.4 Medida Provisória n. 944/2020

Em 03.04.2020, foi editada a Medida Provisória n. 944, que instituiu o "Programa Emergencial de Suporte a Empregos", cujo escopo é o pagamento da folha salarial dos empregados de empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, que tenham auferido receita bruta anual superior a R$ 360.000,00, e igual ou inferior a R$ 10.000.000,00, calculada com base no exercício de 2019 (arts. 1º e 2º).

Conforme disposto no § 1º do art. 2º, da MP 944/2020, as linhas de crédito do Programa, que serão processadas por instituições financeiras sujeitas à supervisão do Banco Central do Brasil, abrangerão a totalidade da folha de

17 COSTA, P. E.; KOJIMA, L. H.; REIS, R. O. **Medida Provisória n. 936/2020**. No prelo.

pagamento da empresa contratante, pelo período de 2 meses, limitadas ao valor equivalente a até 2 vezes o salário-mínimo por empregado, e serão destinadas exclusivamente ao processamento dessas folhas de pagamento.

Para que as empresas possam aderir ao Programa, além de se obrigarem a fornecer informações verídicas e não utilizar os recursos para finalidades outras que não o pagamento de seus empregados, também ficam obrigadas a não rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho de seus empregados no período de 60 dias, compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito. Ou seja, a MP 944/2020 criou nova hipótese de garantia provisória no emprego, em favor dos empregados cujo empregador aderir ao Programa.

Ainda, a MP colocou como obrigação das instituições financeiras concedentes do crédito o dever de assegurar que os recursos sejam utilizados exclusivamente para o processamento das folhas de pagamento dos contratantes.

Assim, mais uma vez, busca-se desonerar as empresas no que se refere a um de seus principais gastos – a folha de pagamentos – para que se mantenham as atividades laborais e empresariais.

2.5 Medida Provisória n. 945/2020

Percebendo que não são apenas os empregados e os informais os atingidos pela crise econômica decorrente da pandemia do Coronavírus, o governo brasileiro editou também, em 4 de abril de 2020, a Medida Provisória n. 945, que dispõe sobre medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar.

Essa Medida Provisória proibiu o Órgão Gestor de Mão de Obra de escalar trabalhador portuário avulso quando o trabalhador apresentar tosse seca, dor de garganta ou dificuldade respiratória, acompanhados ou não de febre, ou outro sintoma compatível com a covid-19. A mesma vedação é aplicável quando o trabalhador for diagnosticado com a covid-19 ou submetido a medidas de isolamento domiciliar por coabitação com pessoa diagnosticada com a covid-19. Também não poderão ser escaladas trabalhadoras gestantes ou lactantes, idosas e idoso na forma da legislação brasileira (acima de sessenta anos), diagnosticado com imunodeficiência, doença respiratória, doença preexistente crônica ou grave, como doença cardiovascular, respiratória ou metabólica.

O Órgão Gestor de Mão de Obra também deverá encaminhar à autoridade portuária semanalmente lista atualizada de trabalhadores portuários avulsos que estejam impedidos de ser escalados, acompanhada de documentação que comprove o enquadramento dos trabalhadores em alguma das hipóteses anteriormente descritas. A comprovação dos sintomas em questão poderá ser

realizada por meio de atestado médico ou outra forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal.

Os trabalhadores que se enquadrem em alguma das hipóteses previstas no caput poderão enviar a documentação comprobatória de sua situação ao Órgão Gestor de Mão de Obra por meio eletrônico. Ficarão obrigados a informar imediatamente ao Órgão Gestor de Mão de Obra qualquer alteração em sua situação.

Assim como feito em relação aos empregados, a Medida Provisória criou uma renda mínima garantida para os trabalhadores avulsos durante o período de sua paralisação. A chamada indenização compensatória mensal corresponderá ao valor correspondente a cinquenta por cento sobre a média mensal recebida por ele por intermédio do Órgão Gestor de Mão de Obra entre 1º de outubro de 2019 e 31 de março de 2020.

No caso dos trabalhadores avulsos, o pagamento da indenização será custeado pelo operador portuário ou por qualquer tomador de serviço que requisitar trabalhador portuário avulso ao Órgão Gestor de Mão de Obra e não pelo governo. O valor pago por cada operador portuário ou tomador de serviço, para fins de repasse aos beneficiários da indenização, será proporcional à quantidade de serviço demandado ao Órgão Gestor de Mão de Obra. Caberá ao Órgão Gestor de Mão de Obra calcular, arrecadar e repassar aos beneficiários o valor de suas indenizações.

A contrapartida proposta para os tomadores de serviço e órgãos gestores de mão de obra se verificará de duas formas. Na hipótese de o aumento de custos com o trabalho portuário avulso decorrente da indenização ter impacto sobre os contratos de arrendamentos já firmados, hipótese em que estes deverão ser alterados de maneira a promover o reequilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, a administração do porto concederá desconto tarifário aos operadores portuários pré-qualificados que não sejam arrendatários de instalação portuária em valor equivalente ao acréscimo de custo decorrente do pagamento da indenização em questão.

A Medida Provisória se encarregou de explicitar que o benefício a ser pago aos trabalhadores portuários avulsos terá natureza indenizatória, não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado, não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários, não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (Lei 8.036, de 1990) e pela Lei Complementar n. 150, de 2015. Também poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

Os trabalhadores portuários avulsos que estiverem em gozo de qualquer benefício do Regime Geral de Previdência Social[18] ou de regime próprio de previdência social ou perceberem o benefício assistencial[19] não terão direito à indenização, mesmo impedidos de concorrer à escala.

A Medida Provisória também autoriza os operadores portuários que não conseguirem trabalhadores portuários avulsos para atendimento às suas requisições, em razão dessa situação momentânea de indisponibilidade[20], poderão contratar livremente trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações. A referida contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício não poderá exceder o prazo de doze meses.

Aproveitando essa situação momentânea de crise, estabeleceu-se a escalação de trabalhadores portuários avulsos por meio eletrônico inviolável e tecnicamente seguro, de modo que o trabalhador possa habilitar-se sem comparecer ao posto de escalação[21]. Aproveitou-se a oportunidade também para incluir as atividades portuárias entre as atividades essenciais, acrescentando-se um inciso ao artigo 10 da Lei 7.783, de 1989[22].

Também foi alterada a nova lei de modernização dos Portos (12.825) para flexibilizar a possibilidade de aproveitamento dos trabalhadores portuários avulsos em atividades diversas daquelas para as quais estão registrados e cadastrados, desde que possuam a qualificação necessária, independentemente de acordo ou convenção coletiva[23].

---

18 Trata-se, expressamente, do benefício previsto no artigo 124, parágrafo único da Lei 8.213, de 24 de junho de 1991.

19 Trata-se, expressamente, do benefício assistencial previsto no artigo 10-A da Lei n. 9.719, de 27 de novembro de 1998.

20 Nos termos do Artigo 4º, § 1º da Medida Provisória 945, "considera-se indisponibilidade de trabalhadores portuários qualquer causa que resulte no não atendimento imediato às requisições apresentadas pelos operadores portuários ao Órgão Gestor de Mao de Obra, tais como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão".

21 Art. 5º A Lei n. 9.719, de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 5º (...)
§ 1º. O Órgão Gestor de Mão de Obra fará a escalação de trabalhadores portuários avulsos por meio eletrônico, de modo que o trabalhador possa habilitar-se sem comparecer ao posto de escalação.
§ 2º. O meio eletrônico adotado para a escalação de trabalhadores portuários avulsos deverá ser inviolável e tecnicamente seguro.
§ 3º. Fica vedada a escalação presencial de trabalhadores portuários."

22 Art. 6º A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 10. (...)
XV - atividades portuárias." (NR)

23 Art. 7º A Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 40. (...)§ 5º Desde que possuam a qualificação necessária, os trabalhadores portuários avulsos registrados e cadastrados poderão desempenhar quaisquer das atividades de que trata o § 1º, vedada a exigência de novo registro ou cadastro específico, independentemente de acordo ou convenção coletiva." (NR)

2.6 Medida Provisória n. 946

Em 7 de abril de 2020 foi editada a Medida Provisória n. 946, de 7 de abril de 2020. O seu objetivo principal não é enfrentar o Estado de Calamidade Pública, mas extinguir o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar n. 26, de 11 de setembro de 1975 e transferir seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, preservando o patrimônio acumulado nas contas individuais dos participantes do Fundo PIS-Pasep. Ainda assim ela autorizou, entre 15 de junho de 2020 e 31 de dezembro de 2020, saques de saldos no fundo de garantia do tempo de serviço, medida que certamente auxiliará o combate da crise econômica provocada pelo coronavírus.

3 Considerações Finais

Analisando-se a evolução dass medidas trabalhistas destinadas ao enfrentamento da crise, é possível identificar uma nítida mudança na postura do Poder Executivo Federal. Se a Medida Provisória 927 apresentou cunho acentuadamente liberal, limitando-se a flexibilizar ainda mais os já flexíveis mecanismos de enfrentamento de crise previstos na legislação brasileira, as medidas provisórias 936 e 944 são flagrantemente "keynesianas". Por meio delas o Estado brasileiro abriu seus cofres para garantir que a redução na renda dos trabalhadores não seja de tal ordem que os impeça de honrar suas obrigações e garantir sua subsistência.

Não chegamos ao ponto de regulamentar situações de estabilidade, como fizeram outros países de tradição próxima à nossa, notadamente Argentina e Itália. Criamos, contudo, garantias provisórias de emprego para os empregados que receberem o Benefício Emergencial para Enfrentamento de Crise e Preservação de Renda e para os empregados de empresas que recorrerem à linha de crédito criada para o financiamento das folhas de pagamento.

Ainda é cedo para dizer se essas medidas serão suficientes. E também é cedo para questionar se a mudança de postura do governo, declaradamente liberal, permanecerá a mesma nos próximos anos do mandato ou se veremos uma postura diversa no tratamento das relações de trabalho, o que é desejável. Resta-nos torcer pelo melhor e "aguardar as cenas dos próximos capítulos".

Contrato pós-pandemia: modo de usar

José Roberto de Castro Neves

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Advogado.

O brilhante historiador francês – vencedor do prêmio Pulitzer de 1917 – Jean Jules Jusserand, ao estudar a reação das pessoas à Peste Negra, episódio que definiu dramaticamente o século XIV, registrou:

> "A fé desapareceu, ou foi transformada; o homem se tornou rapidamente em cético e intolerante. Não se trata aqui do imperturbável ceticismo moderno, serenamente frio; porém um movimento de força da sua natureza que o impeliu a queimar o que adorava, não obstante seguir afundado em dúvidas. Se rompe em uma risada, trata-se de uma acrobacia, que se passa como uma orgia, mas, quando chega a clara luz do dia, o homem sofre um ataque de desespero, de profunda angústia, e, banhado de lágrimas, provavelmente promete romarias e conspícuas conversões." [1]

Ceticismo e incerteza marcaram a civilização naquele terrível momento da história. Seremos condenados a retornar à Idade Média? O que aprendemos desde então? A Peste Negra dizimou boa parte da população europeia, porém antecipou o fim da Idade Média e permitiu o florescer da Renascença.

"Será o laxante da podridão do nosso sistema. O alto custo de vida diminuirá. As pessoas trabalharão com mais afinco e viverão uma vida mais ética. Valores serão revistos e os empreendedores edificarão a partir do que foi deixado pelo naufrágio dos menos competentes." Eis a previsão feita em 1929, pelo então secretário do tesouro americano, Andrew Mellon – conhecido banqueiro e filantropo. Ele falava logo após a crise de 1929, que, a partir da dramática derrocada da bolsa de valores de Nova York, levou os Estados Unidos à chamada Grande Depressão. Tempos difíceis. O otimista banqueiro via um mundo melhor, depurado, a emergir depois da profunda crise.

1 JUSSERAND, J.J. *English Wayfaring Life in the Middle Ages*. Londres: T. Fisher Unwin Ltd, 1891, p. 382.

A crise mundial decorrente da Covid-19 acarretará as mais variadas consequências. De alguma forma, o caminho da humanidade será alterado. Uma das áreas mais afetadas pela pandemia é a econômica. A paralização, em grande parte, de importantes meios de produção, gerará um caos imediato e profundo na economia. O isolamento social impõe um feroz entrave ao comércio. Ninguém mais pode viajar. Todos encontros e reuniões presenciais foram desmarcadas. Eventos de todas as naturezas sofreram cancelamento.

Perdas, prejuízos, danos. Não há vencedores numa crise dessa natureza. As pessoas são forçadas a rever suas projeções, seus planos, suas expectativas. A realidade revela-se implacável e passa por cima de qualquer discurso. No mundo jurídico, sentiremos a profunda repercussão do fenômeno. Afinal, a consequência dessa crise é a impossibilidade, na prática, de as pessoas cumprirem, tal qual inicialmente convencionaram, seus contratos. A realidade, cruel e implacável, comumente expõe ao ridículo os sonhos e as teorias.

De pronto, percebe-se que as repercussões decorrentes da Covid-19 são inegáveis. Contudo, dizer, simplesmente, que qualquer situação seria examinada a partir do reconhecimento de um caso fortuito também não parece ser uma solução sazonada.

Por óbvio, a crise não afetou a todos com a mesma intensidade. Para alguns, a paralização da economia foi letal aos seus negócios, enquanto para outros – uma minoria – pode ter contribuído positivamente (imagine-se, por exemplo, uma fábrica de máscaras cirúrgicas, que teve, com a pandemia, uma substancial majoração da sua demanda). Reconhece-se, ao apreciar o caso concreto, a existência de gradações de como a pandemia afetou o negócio.

Embora essa análise seja fundamental, o tema que merece maior reflexão, neste momento, se relaciona ao comportamento das partes de um contrato diante do fenômeno.

Para começar, interessante notar que o palpitante tema coloca em aparente confronto importantes princípios do Direito contratual. De um lado, um dos pilares da ciência jurídica e também da segurança social, o princípio da obrigatoriedade registra que os contratos devem ser cumpridos. De outro lado – não necessariamente numa posição antagônica, porém certamente como um vetor de ponderação –, avultam princípios do direito contratual contemporâneo, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

O princípio da boa-fé objetiva chegou ao Brasil já encorpado, trazendo uma carga considerável de estudos provenientes da Alemanha e de Portugal. Basicamente, protege-se a ética contratual. Ética, como se sabe, se relaciona a como as pessoas devem agir, pelo uso de uma sabedoria moral que permite identificar o que é correto e bom. As partes deveriam agir concretamente com lealdade e transparência, cooperando em todas as fases do contrato e garantindo à contraparte ampla informação.

Foi nesse aspecto que a boa-fé acabou por irradiar uma série de conceitos de enorme aplicação prática, tal como a vedação, no curso de uma relação contratual ou pré-contratual, a atos contraditórios, que violem uma justa expectativa, ou como se entender que o comportamento reiterado das partes, no âmbito de um contrato, pode criar uma obrigação. Exige-se, portanto, um comportamento colaborativo, ético, probo e leal, todos provenientes do princípio constitucional da solidariedade social. Desse modo, a boa-fé possui uma tríplice função: na interpretação contratual (artigo 113 do Código Civil[1]); na limitação ao exercício de direitos (artigo 187 do Código Civil[2]); e na criação de deveres anexos (artigo 422 do Código Civil[3]), com intuito de frear comportamentos irresistíveis. Existe, pois, uma robusta análise pela doutrina e pela jurisprudência nacional da boa-fé objetiva, em suas diferentes manifestações, notadamente depois da sua inclusão positiva no ordenamento civil, no artigo 422 do Código Civil.

Evidentemente, as partes têm interesses próprios e específicos na relação obrigacional. No entanto, deve-se priorizar o interesse comum – que as fizeram celebrar o contrato.[4]

O outro princípio contemporâneo do direito contratual que se evidencia é o da função social. Segundo o artigo 421 do Código Civil, o contrato deve cumprir uma função social. Diferente do que ocorre com a boa-fé, a função social do contrato não recebeu da doutrina o mesmo cuidado, possuindo um emaranhado de definições que, em alguns casos, não correspondem à *ratio* do instituto.

Em suma, entende-se que o negócio, para ser admitido pelo ordenamento jurídico, precisa se conformar com os valores da sociedade. O contrato, por exemplo, não deve proteger uma relação injusta, de abissal disparidade econômica entre as prestações, pois, afinal, o contrato "*deixou de ser mero instrumento de poder de autodeterminação privada, para se tornar um instrumento que deve realizar também interesses da coletividade*".[5] Em outras palavras, o contrato deve guardar uma razoável justiça econômica.

A qualificação "razoável" revela-se importante porque não é ilegal que o contrato, eventualmente, garanta um proveito econômico maior para uma das

1 "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

2 "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

3 "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

4 "Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo". (COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 19).

5 GOMES, Orlando. A função do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 108-109.

partes. Afinal, o direito não veda que alguém faça um bom negócio, ou obtenha algum lucro na operação. Contudo, o ordenamento jurídico não convive com o negócio abusivo, profundamente injusto, no qual uma parte obtenha uma vantagem descomunal, fugindo da referida razoabilidade.

Ao se reconhecer essa dimensão da função social do contrato – que prega um equilíbrio entre as prestações –, há, de certa forma, um conflito com outro princípio: a liberdade de contratar – ou, ao menos, com a ideia da ampla e irrestrita liberdade de contratar, como se defendia classicamente.

Como se sabe, o Direito Civil contemporâneo não mais convive com a ideia da vontade absolutamente livre, sem brida. A liberdade de se contratar segue como um importante princípio, mas ele, muitas vezes, deve ser ponderado com outros, filtrado para se adequar aos valores do ordenamento jurídico. A função social pode, de fato, tolher a ampla liberdade da vontade, tal como prevê o artigo 421 do Código Civil, segundo o qual "*a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*".

Em situações excepcionais e extremas, tal como os efeitos da pandemia da Covid-19 em muitas relações contratuais, o cumprimento do acordo, tal como se estabeleceu inicialmente, pode carregar uma profunda disparidade entre as prestações, já que o negócio, pelas novas e inesperadas circunstâncias, se alterou. Assim, o contrato, diferentemente do que se concebeu quando celebrado, perdeu sua função social, passando a ser um instrumento de opressão.

Talvez seja uma maldição. Recentemente, em 20.9.2019, foi instituída a chamada Lei da Liberdade Econômica. A referida norma buscou delinear a aplicação do princípio da função social dos contratos, a fim de estabelecer, por lei, que a revisão dos acordos deveria dar-se apenas excepcionalmente (parágrafo único do artigo 421). Além disso, o novo artigo 421-A,[6]III, reforça o conceito de que a revisão deve ser limitada. A maldição está em que essa determinação de firme restrição à uma revisão passa a vigorar exatamente quando a sociedade encontrará o maior número de casos nos quais essa modificação parece inevitável.

Como se sabe, o Direito Civil fornece alguns remédios para evitar que o contrato revele uma feição nociva, diante da superveniência de fatos extraordinários. Isso ocorre na teoria da imprevisão, referida no artigo 317,[7]

---

6 "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

7 "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".

e na proteção contra a onerosidade excessiva, dos artigos 478 a 480.[8] Todos eles têm por propósito garantir o reestabelecimento de uma razoabilidade econômica entre as prestações.

A situação dos efeitos da Covid-19 apresentará aos aplicadores do Direito uma realidade distinta de qualquer experiência pregressa. Talvez a geração de juristas europeus que vivenciaram a Primeira Guerra Mundial se deparou com situação assemelhada – a ponto de reverem seus conceitos sobre o até então sagrado princípio da obrigatoriedade dos contratos, o que acabou por redundar na Lei Failliot, de 21.1.1918. Nós, aplicadores do Direito, humildemente, teremos que aprender. Há, portanto, uma lição por tomar.

Permita-se, então, tratar do "passo-a-passo" da parte que enfrente problemas no cumprimento de suas obrigações em decorrência do fenômeno da Covid-19. Ela deve tomar, em suma, três medidas, todas fundamentadas no seu dever de cooperação. Informar o fato; esclarecer, com detalhes, seu problema; e, por fim, apresentar uma proposta de adimplir sua prestação.

Com efeito, o primeiro movimento da parte, assim que se deparar com a impossibilidade de oferecer a prestação, consiste no dever de informar, com a brevidade possível, a contraparte da situação de desequilíbrio.[9] Essa informação deve ocorrer na primeira oportunidade. Essa rapidez se justifica, inclusive, a fim de que a contraparte possa, se for o caso, adotar medidas para diminuir seu prejuízo – pois, afinal, há um dever de mitigar esse dano.

Não se trata de uma mera informação. A manifestação deve indicar, com a maior objetividade possível, onde se situa a dificuldade em oferecer a prestação tal como convencionado – encontra-se claramente inserido na obrigação de atuar de acordo com a boa-fé objetiva. Portanto, a informação da parte não deve limitar-se a dizer que o contrato quedou desequilibrado. Diferentemente, cabe à parte explicitar, com o máximo de detalhes, como a situação superveniente e inevitável tornou o negócio dispare.

Essa explicação faz-se necessária por diversos motivos. A começar porque torna concreta a discussão, num ato em que se coloca todos os interesses de ambas as partes à mesa diante da superveniência do evento

---

8 "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato".
"Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".

9 Parte da doutrina, ao se manifestar sobre a comunicação do evento ensejador do desequilíbrio, não o trata como um dever jurídico de informar, mas como uma conduta recomendável: "Ao devedor lesado pela modificação superveniente recomenda-se dê aviso ao credor, inclusive para lhe garantir a possibilidade de propor ainda a tempo útil a modificação das cláusulas do negócio, ou de colaborar na criação das condições que viabilizem a perfeição do contrato" (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 159).

extraordinário. Na medida em que se expõe os motivos, permite-se que estes sejam compreendidos. Eventualmente, ao tomar ciência adequadamente acerca das razões que motivaram a invocação do desequilíbrio, a contraparte pode concordar com o alegado. A partir daí, pode-se simplesmente reconhecer como corretas as ponderações da parte prejudicada e adequar o negócio à nova realidade. Essa é uma hipótese ideal.

Por fim, ao indicar as dificuldades em seguir no contrato na forma prevista, cabe à também apresentar uma proposta de adimplemento e colocar-se à disposição para discutir novas e mais justas bases do acordo. Abre-se, dessa forma, uma negociação. Porém, uma negociação que toma por base dados objetivos e concretos. Não se trata de uma barganha, mas da arte de fazer o possível.

Esse dever de negociar decorre de uma convergência entre dois princípios modernos do Direito contratual: a boa-fé objetiva e o a função social do contrato. Se as partes reconhecem que as bases do negócio se alteraram, a ponto de o contrato se tornar demasiadamente oneroso, a colaboração consiste em discutir, com lealdade e transparência, com a contraparte uma forma de recolocar o negócio no prumo, evitando que ele se transforme numa fonte de iniquidade. Eis, então, a origem do chamado dever de negociar. Ele toma fundamento, pois, em importantes princípios do Direito Civil.

Nesse momento, incide o princípio da função social do contrato, na medida em que o negócio passou a significar uma injustiça, pois acarreta um sacrifício desmesurado para uma ou para ambas as partes. Ao lado disso, o princípio da boa-fé objetiva impõe às partes um comportamento leal e solidário, de mútua colaboração.

O legislador brasileiro, contudo, não incluiu expressamente no Código Civil o dever de negociar – ou, para alguns, dever de renegociar – ainda que os contratantes enfrentem uma situação que imponha a uma ou a ambas as partes um enorme e desmesurado sacrifício econômico. Essa ausência não significa, de forma alguma, que o referido dever não exista. O dever de negociar existe no ordenamento jurídico brasileiro como um corolário da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sendo um dever anexo – ou lateral – a eles.

Vale registrar que o artigo 6.2.3 dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais[1] prevê que o dever de renegociar pode ser pleiteado pela parte em casos de *hardship* – que ocorrem em situações "*quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato,*

1 "ARTICLE 6.2.3 (Effects of hardship) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium".

seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído".[2]

Estabelece-se, dessa forma, uma regra de comportamento entre os contratantes, na qual esse "*direito de pleitear renegociações há de corresponder, naturalmente, um dever da contraparte a quem o pleito se dirige, mais especificamente o dever de responder à pretensão de renegociação, adotando o mesmo agir transparente e comunicativo que lhe foi reservado pelo outro contratante*".[3-4] O referido dispositivo também registra que o direito de pleitear a renegociação deve ser suscitado "*without undue delay*" e, ainda, deve indicar "*the grounds on which it is based".*

Em março de 2020, em resposta à crise do Covid-19, a ICC ("Internacional Chamber of Commerce") emitiu sugestões de cláusulas de *hardship* a ser eventualmente inseridas em contratos. Além de definir os eventos reputados como de força maior, há referência expressa de que a incidência do fato excepcional deva ser comunicada à contraparte imediatamente e, caso isso torne o contrato extremamente oneroso para uma ou ambas as partes, a sugerida cláusula da ICC determina que as partes busquem uma composição, discutindo novos termos e alternativas para seu contrato. [5]

Evidentemente, o fato de as partes, diante de uma situação extraordinária que alterou as bases do negócio, estarem obrigadas a discutir uma readequação dele, não significa que devam chegar a um acordo. Mesmo munidas das melhores intenções, uma conclusão acerca da melhor forma de reequilibrar o contrato nem sempre é tarefa simples.

Além disso, as partes podem divergir sobre a existência de um fato superveniente extraordinário, que tenha modificado as circunstâncias, assim como não haver consenso sobre o grau de influência do fato inevitável sobre o contrato. Portanto, o dever de negociar é uma obrigação de meio, não de resultado.[6] O ordenamento jurídico espera que as partes, havendo uma quebra

---

2 Tradução de Lauro Gama Jr., disponível em: <www.unidroit.org>.

3 SHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro. Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, jan./jun., 2018, p. 23-24.

4 Confira-se, nesse aspecto: "Por fim, destacamos que, diferentemente do que ocorre no ordenamento brasileiro vigente sobre onerosidade excessiva dos contratos, os Princípios UNIDROIT estabelecem um período de tentativa de renegociação dos termos do contrato, antes de se recorrer ao judiciário. O que, a nosso ver, é uma disposição interessante, pois obriga as partes a sentar e conversar e, somente na hipótese de insucesso nas negociações, estarão autorizadas a recorrer ao judiciário." (FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueiredo. A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente. Dissertação de mestrado (Dissertação em direito) – USP. São Paulo, 2017, p. 36).

5 Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf >.

6 Nesse sentido: "Não estipula, por evidente, a obrigatoriedade de êxito na renegociação, mas apenas e tão somente o esforço – sério (efetivo) e de boa-fé – de renegociar. Trata-se, pois, de um dever de procedimento (dever procedimental = dever de cooperar para que a readequação seja possível), e não um dever de resultado. Conquanto, evidentemente, esse dever de procedimento seja orientado pelo resultado visado pelas partes (readequação do contrato), sua obrigação é de esforçar-se séria

de equilíbrio da relação contratual, busquem, com seus melhores esforços, uma readequação, tudo a fim de que o negócio jurídico seja preservado e não haja um término da relação contratual tão abrupto e demasiadamente oneroso para as partes.[7] Com isso, privilegia-se, a partir de uma ótica cooperacional, o cumprimento do contrato em novas condições, evitando o eventual ajuizamento de ações visando à revisão ou à resolução contratual, o que inevitavelmente leva as partes a posições antagônicas e adversariais, conduta não originalmente almejada.

Caso as partes não cheguem a um consenso e tenham que se valer de terceiro com poder jurisdicional para dirimir a lide – por via judicial ou arbitral –, o julgador deve agir com extrema prudência. De forma alguma, o julgador pode substituir a vontade da parte para criar um negócio profundamente distinto daquele inicialmente entabulado. Acima de tudo, deve-se ter presente que a revisão jamais deve estabelecer uma relação desigual, mas respeitar severamente a plena comutatividade econômica das prestações.

Afinal, a ideia da revisão consiste em evitar uma injustiça econômica, que decorre do advento de uma situação inesperada. Não faz nenhum sentido que, para evitar um mal, crie-se outro – um monstro. Em suma, o papel do julgador é o de restabelecer um equilíbrio, o que deve ser feito de forma criteriosa (e o medo de uma insegurança social, com a liberdade de o juiz "criar" o contrato, foi, precisamente, o motivo de edição da antes citada recente alteração do artigo 421 do Código Civil).

O Direito é um instrumento da sociedade e com ela se transforma. Nesse sentido, melhor será o Direito se estiver em harmonia com os valores respeitados pela sociedade. Num mundo individualista, o contrato e a propriedade são ferramentas de poder, de força de uma pessoa sobre outra. Já numa sociedade altruísta, em que se valoriza a solidariedade, o contrato e a propriedade são instrumentos sociais, que permitem a circulação de riqueza, de assunção de compromissos, de organização, sem, jamais, servirem como meios de opressão ou vantagem desmesurada.

---

e efetivamente (esforçar-se de boa-fé; tentativa séria) nesse sentido (obrigação de meio), mas não se traduzindo, contudo, em uma obrigação de resultado (= efetivo êxito na renegociação). Impõe-se, assim, uma obrigação de participar ativamente e seriamente das negociações de readequação (comportamento sério e ativo, como, por exemplo, analisar seriamente a proposta do outro, respondê-la em tempo hábil, efetuar contrapropostas sérias etc.); em suma, caracteriza-se em dever de renegociar de boa-fé e não em uma obrigação de concluir positivamente o acordo de renegociação. Deste modo, a simples frustração no esforço de readequar o contrato não se traduz em inadimplemento do dever de renegociar (legal ou contratual)" (NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abril. 2011, p. 10).

7 "Renegotiation is the most efficient remedy for the change of circumstances since it enables the parties to find a mutual resolution. Renegotiation is not an all-or-nothing remedy like the termination of contract since it provides the parties with the full discretion of reallocating the risk and regenerating the contractual balance". (SEROZAN, Rona. General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 23)

O fenômeno da Covid-19, muito mais do que uma resposta mundial a um vírus, foi uma demonstração de uma humanidade mais solidária. A Covid-19 é um vírus covarde, que ataca principalmente aqueles com maior deficiência imunológica. O mundo, no segundo milênio, poderia ter escolhido não parar, deixando que uma parcela da população perecesse (seriam os menos fortes, como as pessoas mais velhas ou portadoras de doenças crônicas). Entretanto, a sociedade preferiu proteger a vida, colocando-a a frente da economia. Foi uma escolha mundial. Novos tempos.

Que essa sensibilidade, espera-se, transborde para a realidade dos contratos – num contágio virtuoso. Assim, as partes de uma relação contratual deixarão de se enxergar como adversárias, porém como agentes que necessitam cooperar, a fim de que todos ofereçam e recebam suas prestações em bases justas e equitativas.

Falar do futuro não é fácil, mormente num momento nebuloso pelo qual atravessa a humanidade. O Direito dos contratos, na sua constante construção, talvez tenha, na crise, a oportunidade de demonstrar que ele melhor cumpre sua função se as partes agirem com solidariedade. Assim, compreendemos a importância de um sistema jurídico próximo de valores éticos e morais.

Pandemia Covid-19, revisão e resolução contratual: a relevância da Frustração do Fim do Contrato

Rodrigo Cogo

Rodrigo Cogo, advogado. Sócio de Ferro, Castro Neves, Daltro & Gomide Advogados. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

1 Introdução

No ano de 2005, quando encerrei o Mestrado na USP e escrevi a primeira monografia brasileira sobre o tema da “A Frustração do Fim do Contrato”, tinha o pensamento de que a teoria da frustração do fim, aplicável ao Brasil, seria pouco utilizada, diante do seu papel residual ou subsidiário em relação a outras soluções jurídicas para o problema do impacto dos fatos supervenientes aos contratos, tais como a impossibilidade superveniente inimputável ao devedor, a teoria da imprevisão e a excessiva onerosidade. Em 2012, quando a monografia virou um livro[1], o cenário ainda não tinha se alterado, havendo, no entanto, notícia da aplicação do uso da teoria na solução de arbitragens mais complexas, mas muito pouco no Poder Judiciário.

O tema da frustração do fim contratual, hoje, ganhou projeção em razão da pandemia da COVID-19. Diversamente do meu pensamento em 2005, a pouca aplicação da frustração do fim do contrato decorria, na verdade, não do fato de ser uma teoria residual em relação a outras mais conhecidas, mas em razão de o mundo (e os contratos, portanto) – à época – não ter sido submetido a uma experiência em escala e velocidade suficientes para que ela encontrasse o seu espaço. É o que ocorre, agora, com o coronavírus, o que prova a máxima de que o jurista não cria a experiência, mas é ela, a experiência, que impõe ao jurista a busca de soluções aos desafios por ela criados.

Nesse cenário, a frustração do fim do contrato parece suprir um espaço que as demais teorias mais conhecidas não conseguem preencher para resolver os problemas gerados por essa nova experiência social, seja por não estarem

1 COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. São Paulo: Renovar, 2012. O presente artigo condensa de forma mais enxuta ideias já desenvolvidas no livro e algumas novas reflexões sobre o tema, à luz do que a pandemia COVID-19 tem causado nas relações contratuais. Uma visão mais completa sobre o tema, abordando o direito alemão, italiano e inglês, bem como a diferenciação da frustração do fim do contrato com outros institutos, estão expostos no livro.

preenchidos os pressupostos legais para sua aplicação, seja porque elas não oferecem consequências apropriadas para as situações peculiares que hoje se apresentam.

Com efeito, o regime do caso fortuito e da força maior, da impossibilidade superveniente inimputável às partes, do desequilíbrio das prestações ou da excessiva onerosidade não atendem de forma adequada todas as situações que hoje se impõem.

E por que não?

Basta pensar, por exemplo, que o regime do caso fortuito e da força maior em nosso Direito aplica-se para situações de impossibilidade definitiva e não temporária. O mesmo se diga a respeito do regime da impossibilidade superveniente da obrigação, também aplicável – como regra - diante de uma impossibilidade definitiva[1]. Sendo a pandemia um evento passageiro e que muitas vezes não impede o cumprimento da prestação, a rigor, do ponto de vista normativo, esses regimes não serão suficientes para solucionar uma grande parcela de casos. Haverá aplicação inequívoca, é claro, nas hipóteses em que a impossibilidade temporária implique em não mais se poder satisfazer o interesse do credor e, assim, passe a ser considerada definitiva. Porém, estes casos tendem a ser mais raros, sendo a grande maioria composta por hipóteses em que as partes pretendem revisar o vínculo contratual, dele se liberar ou apenas paralisar de forma temporária a exigibilidade das prestações porque não há mais qualquer sentido ou razão de ser no cumprimento do contrato (momentânea ou definitivamente).

Muitas das situações hoje vivenciadas por conta da pandemia COVID-19, em especial em decorrência do fechamento de estabelecimentos comerciais não essenciais, já foram vivenciadas no passado e resolvidas, entre outras teorias, como a frustração do fim do contrato, como adiante será destacado. LARENZ cita exemplos julgados pelo Tribunal Supremo do Reich resolvendo contrato de arrendamento de postos de gasolina celebrado um pouco antes da Primeira Guerra Mundial e que tiveram sua finalidade frustrada diante do

1 Antecipamos, desde já, nosso entendimento quanto ao cabimento, enquanto construção doutrinária, da impossibilidade temporária. Apesar de não ser um dado normativo, pode ser construída, como já o fazia Arnoldo Medeiros da Fonseca, ao destacar que o caso fortuito ou a força maior podem ter como consequência *"a impossibilidade objetiva de executar, permanente ou temporária, total ou parcial, como também uma dificuldade maior, ou onerosidade imprevista, o que normalmente sucede quando acarreta a perda ou deterioração de produtos que iam ser destinados à satisfação de prestações genéricas. Como porém, nesse terreno, a liberação do devedor está também subordinada à impossibilidade absoluta de executar, segundo os princípios tradicionais, não aludem geralmente os autores à eventualidade de ter o caso fortuito como consequência apenas uma onerosidade maior da prestação, e elevam aquela impossibilidade de execução a condição elementar do próprio fortuito. De nossa parte, preferimos evitar tal confusão, embora reconheçamos que, nesse campo, surja também, como requisito essencial à liberação do obrigado, esse novo elemento: a impossibilidade de prestar"* (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p.152-153). Ainda que admitida, a impossibilidade temporária resolveria os casos em que o ato de prestar é temporariamente impossível, mas não os casos em que ele é possível, mas não há mais qualquer sentido, razão ou utilidade em ser desempenhado, os quais podem ser tutelados pela frustração do fim do contrato.

controle dos combustíveis assumido pelo governo alemão. Muitos problemas hoje enfrentados por conta da pandemia revelam casos em que as prestações são plenamente possíveis, não se tornaram propriamente mais onerosas, mas traduzem casos nos quais não há mais sentido ou utilidade na execução do contrato.

Imaginemos o caso do transporte escolar ou dedicado a levar empregados de uma determinada empresa ao trabalho. Mesmo diante do fechamento das escolas e da empresa, o transportador pode prestar o serviço e o cliente pode por ele pagar. Porém, faz sentido manter um contrato de transporte sem que exista qualquer serventia, sentido ou função em sua execução?

Imaginemos também o caso do lojista de um Shopping Center, no qual o locador pode alugar e o locatário pode pagar, mas o imóvel não pode ser utilizado por determinação das autoridades governamentais. Não se trata, propriamente, da impossibilidade clássica prevista no Código Civil, pois (a) não é definitiva, mas apenas temporária, e (b) o locador pode locar, sendo apenas a utilização do locatário vedada por decisão governamental. Não parece ser também um caso típico de desproporção entre as prestações apta a ensejar aplicação da excessiva onerosidade do art. 478 do Código Civil, pois a relação de equivalência entre as prestações não se alterou, estando a patologia circunscrita à restrição ao uso do imóvel. Ademais, o locador não goza de uma extrema vantagem pelo fato de o locatário não poder usar a coisa locada por um certo período de tempo, mas, ao contrário, também está suportando os custos de manutenção do Shopping Center. Também pode não ser o caso de aplicação do art. 317 do Código Civil mesmo diploma legal por não dizer respeito a uma diferença do valor da prestação hoje em relação à data da contratação.

A maior parte dos impactos criados nos contratos pela COVID-19 deverá estar inserida dentro do conceito da impossibilidade (temporária ou definitiva) da prestação ou do conceito geral de quebra da base do negócio, ou seja, da alteração do conjunto de circunstâncias objetivas presentes à data da contratação e que se alteram em razão de fatos supervenientes e imprevisíveis. Nesse contexto, a frustração do fim do contrato, enquanto uma das vertentes da quebra da base objetiva do negócio jurídico que visa a dar tratamento a contatos cuja finalidade resta inócua a despeito de ser possível o seu cumprimento, será uma ferramenta útil para tratar contratos afetados pela COVID-19.

A *partir* da rápida apresentação de potenciais dispositivos e teorias aplicáveis no Código Civil para tratar do impacto da pandemia COVID-19 sobre os contratos, trataremos da frustração do fim do contrato e qual o seu potencial papel diante da atual alteração superveniente das circunstâncias.

2 A origem das teorias dedicadas ao impacto dos fatos supervenientes sobre os negócios jurídicos: a cláusula rebus sic stantibus

Pactos devem ser cumpridos. Essa é a máxima a orientar as relações entre os contratantes. Bom seria se todos os programas contratuais se desenvolvessem sem problemas ou vicissitudes. Porém, viver é mudar, e estar vivo é estar sujeito a mudanças. Por isso, o *pacta sunt servanda* não é uma regra absoluta, sendo abrandado diante de circunstâncias específicas e peculiares, notadamente a mudanças supervenientes das condições presentes à época da contratação.

O contraponto ao *pacta sunt servanda* é dado pela cláusula *rebus sic stantibus,* segundo a qual os contratos estão submetidos à condição de que os fatos permaneçam do modo como estavam ao tempo da contratação. Se, em razão da alteração das circunstâncias o programa contratual avençado for afetado, justificar-se-ia a revisão do contrato ou a sua resolução. Em linhas gerais, esta é a ideia básica da cláusula. Pode-se dizer que a doutrina da *cláusula rebus sic stantibus* é o fundamento — direto ou indireto — das teorias desenvolvidas a respeito do surgimento de fatos supervenientes que importem em uma alteração do programa contratual ajustado no momento da contratação.

Desde o Código de Hamurabi[2], a preocupação com a alteração das circunstâncias já existia, o que foi sendo tratado de diferentes formas ao longo dos séculos[3].

A história da humanidade mostra um movimento pendular em torno da maior ou menor aplicação irrestrita do *pacta sunt servanda*, ou, em outras palavras, do maior ou menor prestígio à consideração da alteração das circunstâncias, comprovando o acerto da assertiva de PONTES DE MIRANDA de que *"o Direito é processo social de adaptação"*[4].

A Revolução Francesa e a posterior edição do Código Civil Francês (1.804) foi o período de declínio mais acentuado da cláusula *rebus sic stantibus*. O voluntarismo, o individualismo e o poder da vontade permitiam que o cidadão dispusesse no contrato todos os seus interesses, afinal, eram todos "livres e iguais", não estando o Estado autorizado a intervir para determinar alguma consequência de um contrato. O Código Civil Italiano, de 1865, também não albergou uma regra para a cláusula *rebus sic stantibus*.

2 Criado por volta de 1.780 a.C, a lei n. 48 previa que "se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano".

3 Para um rápido apanhado da evolução da cláusula rebus sic stantibus, vide COGO, Rodrigo Barreto. A Frustração..., p. 118-139.

4 PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de direito privado, t. XXV, p. 215.

Porém, a Primeira Grande Guerra Mundial fez eclodir um novo ciclo de estudos em torno da cláusula *rebus sic stantibus* e deu azo a novas teorias hoje muito conhecidas, tais como a teoria da imprevisão e a da base do negócio[5]. A nuvem que encobriu a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, a partir da metade do século XVIII e durante a maior parte do século XIX[6], começou a ser dissipada, tendo a Alemanha como o seu principal berço de renovação, a partir da célebre monografia de Bernard WINDSCHEID, com a qual apresentou a teoria da pressuposição. Essa foi a base para que tanto a teoria da imprevisão[7] como a teoria da base do negócio jurídico se desenvolvessem[8].

Apesar de ser a ideia base, as novas doutrinas desenvolvidas ao longo dos anos para tratar das patologias causadas por fatos supervenientes à contratação não se identificam mais com a velha *rebus sic stantibus*, apresentando particularidades, características e requisitos próprios que as fazem independentes e objeto de estudo próprio. Ademais, a cláusula *rebus sic stantibus* está impregnada de ideais morais e religiosos[9], justificados pela sua origem e por seus idealizadores, sendo, ainda, por demais ampla e genérica, e, por isso, causadora de insegurança.

---

5 Até mesmo na França, a Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, último ano da guerra, foi editada visando a resolver alguns tipos de contratos que, em virtude da guerra, impusessem a um dos contratantes encargos que lhe causassem prejuízos cuja importância ultrapassava em muito as previsões razoavelmente feitas na época do ajuste. Foi o nascimento da teoria da imprevisão entre os franceses.

6 Mesmo diante desse esquecimento da cláusula, OSTI aponta que na Alemanha os §§ 321 e 610 do BGB representavam a sua sobrevivência: aquele artigo tratava da possibilidade de não prestar, caso ocorresse diminuição patrimonial da outra parte; e este — § 610 — referia-se à prerrogativa do promitente-mutuante não cumprir a promessa de mútuo caso se verificasse uma escassez patrimonial superveniente do promissário-mutuário (OSTI, Giuseppe. Verbete “Clausola rebus sic stantibus”. Novissimo Digesto Italiano. Torino: Unione Tipográfico-Editrice To- rinese, 1957, v. III, p. 357).

7 O nome “teoria da imprevisão” é mais ligado ao direito civil francês. Basicamente, os requisitos para a sua aplicação seriam: (a) contratos de execução continuada; (b) imprevisibilidade e extraordinariedade do fato superveniente; (c) inimputabilidade deste fato superveniente à parte lesada; (d) geração de excessiva onerosidade para uma das partes; (e) não se inserir o prejuízo dentro da álea normal do contrato. Na França, a aplicação da teoria da imprevisão se fez mais por via legislativa do que jurisprudencial. O caso mais famoso é o da Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, último ano da guerra, que visava a resolver os contratos que, em virtude da guerra, impusessem a um dos contratantes encargos que lhe causassem prejuízos cuja importância ultrapassava em muito as previsões razoavelmente feitas na época do ajuste. Na Itália, a teoria da imprevisão está prevista no art. 1.467, sob o título “*dell’eccessiva onerosità*”. O Brasil acolheu no novo Código Civil, em seu art. 478, à semelhança do Código Civil italiano, a teoria da imprevisão, sob o nome de excessiva onerosidade, com mais um requisito além dos já aqui relacionados, qual seja, a existência de extrema vantagem para a outra parte (além da excessiva onerosidade para o lesado), permitindo somente a resolução do contrato, a menos que a outra parte ofereça-se a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

8 É inegável a importância da Primeira Guerra Mundial nesse novo despertar da cláusula *rebus sic stantibus*. Na Alemanha, por exemplo, deu ensejo a interpretações como a da impossibilidade alargada, que abrangia casos de mera impossibilidade econômica, considerada equivocada por OSTI (Verbete “Clausola..., p. 358). Na França, por sua vez, deu impulso à promulgação da Lei *Faillot*, em 21.01.1918, mesmo diante da tradição firme do *pacta sunt servanda* prevista no *Code Civil*. Na Itália, BARSANTI, mesmo sem uma regra específica no Código Civil, desenvolveu o princípio em termos de permissão à resolução dos contratos de trato sucessivo no caso de imprevista mudança do estado de fato (OSTI, Giuseppe. Verbete “Clausola..., p. 358).

9 SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 126.

A teoria da imprevisão, por exemplo, apresenta requisitos e campo de aplicação mais definidos, os quais vieram sendo construídos pela doutrina e pela jurisprudência desde o século XX, inclusive com a sua adoção em diversos códigos civis. Observa-se na gênese da teoria da imprevisão o apego ao voluntarismo, à valorização da vontade, ou seja, o contratante não imaginava que as circunstâncias pudessem se alterar e lhe acarretar excessiva onerosidade, de forma que, não sendo essa sua vontade *hipotética*, mostra-se correta a revisão ou extinção do negócio.

A evolução da teoria da base do negócio, por sua vez, procurou afastar-se desse caráter voluntarístico, presente na teoria da imprevisão, por não recorrer às representações das partes, mas ao negócio e às circunstâncias presentes ao tempo da contratação. Também apresenta campo definido de aplicação: desequilíbrio entre as prestações e frustração do fim do contrato, hipóteses que, por sua vez, também carregam suas particularidades, a ponto de assumir, cada uma, feição própria como teoria.

Por tudo isso, diante do desenvolvimento e sistematização das teorias revisionistas, a cláusula *rebus sic stantibus* é mais uma fonte de estudo para demonstrar de onde elas se originaram do que a justificativa para revisar ou resolver um negócio devido à alteração das circunstâncias.

3 O dilema da intervenção judicial nos contratos

Ao analisar o movimento pendular das teorias que cuidam dos efeitos dos fatos supervenientes sobre os contratos, parece-nos que o grande problema não está tanto na possibilidade da relativização do *pacta sunt servanda*. A essa altura da evolução do Direito, isso já é amplamente aceito com as teorias, conceitos e institutos já desenvolvidos. O dilema está mais na subsunção ao caso concreto dos critérios e requisitos para a aplicação desses conceitos, institutos e teorias, assim como a definição das consequências dessa relativização sobre o contrato. Como advertia PONTES DE MIRANDA, *"o grande mal das teorias em tôrno do problema está em que não precisam quais as circunstâncias, que podem dar ensejo à resolução, ou à resilição, ou à revisão, e quais os pressupostos do contrato para que uma dessas conseqüências se dê"*[10].

Quando as regras dispostas no ordenamento jurídico não oferecem soluções diretas e claras, compete ao operador do Direito desvendar dentro do tecido legislativo a lógica que o compõe e o orienta, permitindo-lhe construir a solução juridicamente mais alinhada com o sistema em que está inserido. O recurso às cláusulas gerais e princípios que nosso Código Civil oferece, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, bem como a regras esparsas (v.g., enriquecimento sem causa, distribuição legal dos riscos em contratos tipificados, etc), são exemplos de como as soluções podem ser construídas.

10PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, t. XXV, p. 250.

A Lei nº 13.874/2019, chamada Lei da liberdade econômica, segue essa linha e objetiva tentar tornar mais segura a aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, notadamente com os parágrafos 1º e 2º ao art. 113[11] e a inserção do art. 421-A[12]. Aliás, quando o Código Civil ordena que o negócio jurídico deve ter o sentido que corresponda à boa-fé (art. 113, § 1º, III) e que corresponda a qual seria a *"**razoável negociação** das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração"*, tem-se muito clara a pavimentação do caminho para o julgador adaptar o contrato cujo sinalagma foi afetado pela alteração das circunstâncias. Essa parametrização do juízo de boa-fé e da função social é útil para evitar a panaceia nas suas respectivas aplicações, geradora de insegurança jurídica. A pergunta que fica é: atende à boa-fé e à razoável negociação "esperada" das partes, inferidas a partir das circunstâncias da contratação, a manutenção de um contrato *as is*, cuja finalidade restou frustrada diante de um fato superveniente, imprevisível e não imputável a qualquer um dos contratantes? A resposta é negativa.

A verdade é que sempre haverá um grau de discricionaridade no exercício da aplicação das cláusulas gerais, por mais critérios objetivos e requisitos claros que se ofereça ao julgador para parametrizar a aplicação do princípio da boa-fé e da função social do contrato, como se verá a seguir. Isso, aliás, é a beleza do Direito e da construção do exercício dos direitos de cada um dos contratantes. Pior seriam fórmulas estanques, engessadas e binárias que,

---

11 "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)"

12 "Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)
III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)"

sob o pálio de uma pretensa segurança jurídica, conduziriam – na ausência de regramento específico do contrato – a iniquidades que ferem os anseios de todos em tempos extremados, como se viu ao longo dos séculos, e que levou ao atual estágio do amadurecimento das teorias que autorizam a revisão ou resolução do contrato por fatos supervenientes.

4 Possíveis soluções tradicionais aplicáveis aos impactos da COVID-19 nos contratos

Do mesmo modo como o tratamento à COVID-19 demanda a escolha do remédio correto e na dosagem adequada, o operador do Direito deve selecionar a teoria correta para solucionar problema causado ao contrato de acordo com o tipo de fato superveniente ocorrido e o modo como ele afeta o contrato.

A primeira regra a ser observada é analisar as previsões contratuais para avaliar se as partes predispuseram uma disciplina a ser aplicada para a alteração das circunstâncias. Enquanto ato de autonomia da vontade, o texto contratual é a primeira fonte de consulta para a busca da resposta ao impacto do fato superveniente sobre o negócio. Havendo previsão expressa, deve ela ser seguida, salvo se houver alguma razão que justifique a sua não aplicação, o que pode ser mais frequente em relações contratuais desbalanceadas, como ocorre em contratos envolvendo consumidores, por força da aplicação das previsões do art. 6º, V, art. 39, V e art. 51, IV da Lei nº 8.078/90[13].

Não raro, os negócios jurídicos possuem regramento específico para distribuir os riscos da alteração das circunstâncias, definindo quem suporta as consequências de eventos fortuitos ou de força maior, ou afastando o recurso a essa justificativa ao inadimplemento, consoante autoriza a parte final do art. 393 do Código Civil[14]. Do mesmo modo, considerando o caráter dispositivo das regras relativas à impossibilidade superveniente da prestação, as partes podem dispor quem suporta o risco dela decorrente.

---

13 "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
(...)
V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
(...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;"

14 "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado." (grifou-se)

As previsões específicas eleitas pelas partes para serem aplicadas em tais situações devem ser observadas – salvo, é claro, se houver alguma abusividade *in concreto* -, de modo a não transformar a pandemia em panaceia da intervenção indevida no arranjo contratual.

É o que determina agora, de forma expressa, o art. 421-A, I, II e III do Código Civil, introduzidos pela Lei nº 13.874/2019. Esse artigo impõe ao julgador a observância da alocação de riscos feitas pelas partes no contrato, diz ser excepcional a revisão contratual e autoriza as partes a preverem regras específicas para a interpretação, revisão e resolução do contrato.

A rigor, a despeito da inexistência do art. 421-A do Código Civil antes da Lei nº 13.974/2019, as suas previsões já eram (ou deveriam ser) premissas presentes na interpretação dos negócios jurídicos, não ensejando dúvidas razoáveis. De todo modo, para os que ainda tinham dúvidas sobre os temas ali tratados, agora não há mais discussão.

Conquanto uma visão mais solidária do vínculo contratual imponha-se em situações como a presente e, sem descurar que a obrigação é um processo polarizado pelo adimplemento[15], o julgador deve avaliar os problemas de forma casuística, com um olhar atento às condutas oportunistas, que visam a pegar carona com a generalização dos problemas decorrentes da pandemia. Assim, por exemplo, enquanto as estatísticas demonstram que a atividade de estacionamento teve uma redução de mais de 90% devido ao COVID-19[16], essa realidade não se aplica, certamente, aos estacionamentos de hospitais ou arredores. Portanto, eventual pedido de suspensão de pagamentos de alugueis por um estacionamento localizado em um hospital não pode receber o mesmo tratamento de um estacionamento situado em região com as atividades comerciais paralisadas. Ausente disciplina no contrato para a alteração das circunstâncias ou eventual abusividade *in concreto* dela, deve ser verificada a natureza do evento superveniente, o tipo contratual em análise e o impacto sobre o contrato. Com isso, será possível ao operador do Direito avaliar (i) se o fato superveniente é apto à revisão ou resolução do contrato (ele pode não ser imprevisível/inesperado ou imputável a uma das partes, por exemplo), (ii) se existe regulação legal própria a respeito da distribuição dos riscos (v.g., art. 492 para a compra e venda) e, assim, permitindo (iii) a seleção da teoria cabível para revisar ou resolver o contrato e o possível regramento legal para a atribuição de riscos e a definição as consequências aplicáveis (efeito liberatório, restitutório, indenização, por exemplo).

Especificamente em relação à pandemia COVID-19, ela é um inegável fato superveniente que acarreta a alteração das circunstâncias em diversos planos,

15 Couto e Silva, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

16 https://exame.abril.com.br/economia/compras-com-cartoes-de-credito-elo-caem-pela-metade/

sejam jurídicos, sejam sociais. O projeto de lei 1179/2020[17] qualifica a pandemia COVID-19 como fato imprevisível e atribui certos efeitos jurídicos após o seu início, considerado como o dia 20.03.20[18]. Isolamento social, fechamento do comércio e dos serviços não essenciais, afetação de preços (como a cotação negativa do barril de petróleo em 22.02.20), entre outros, são fatos novos e que não estavam presentes no momento da celebração da grande parte dos contratos.

Embora outras pandemias já tenham ocorrido no passado, parece-nos correto qualificá-la como um evento imprevisível ou, ao menos, de consequências imprevistas. Afinal, até então, pandemias não eram frequentes a ponto de se tornarem eventos esperados. Igualmente, é razoável crer que a necessidade de isolamento social por tanto tempo não era um fato previsível ou esperado. Além disso, a pandemia é fato inimputável a qualquer das partes contratantes. Portanto, temos que a COVID-19 é fato superveniente, imprevisível (ou de consequências inesperadas ou imprevistas) e não imputável aos contratantes.

O panorama complexo da pandemia projeta-se de diferentes formas sobre a vida de cada contrato. Abaixo são elencados, de forma exemplificativa, alguns dispositivos legais de nosso Código Civil que, potencialmente, terão utilidade para o tratamento dos efeitos da COVID-19 sobre os contratos:

a) Art. 113 e seus parágrafos 1º e 2º: importante regra que disciplina a forma como os negócios jurídicos devem ser interpretados, sempre atenta à boa-fé e aos usos e costumes do lugar da celebração. Especial destaque para a previsão de que a interpretação deve corresponder à razoável negociação que as partes teriam, o que deve ser extraído a partir do exame das cláusulas contratuais, da racionalidade econômica e das informações disponíveis ao tempo da celebração do negócio jurídico;

b) Art. 187: positivou a figura do abuso de Direito, qualificando como ilícito exercício do Direito que exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes;

c) Art. 234, 235, 238, 248 e 250: regras de distribuição dos riscos em obrigações de dar coisa certa, fazer e não fazer, impossibilitadas por fatos supervenientes. A impossibilidade neles tratada é a definitiva;

---

17 Projeto de lei que visa a regular, de forma temporária, o exercício de alguns direitos e obrigações por força dos efeitos da COVID-19 sobre as relações jurídicas, o chamado "regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET) no período de pandemia do coronavírus (Covid-19).

18 "Art. 1º. Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).
(...)
Art. 6º As consequências decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos."

d) Art. 317: alberga a teoria da imprevisão, havendo abalizada discussão doutrinária a respeito da sua aplicabilidade restrita à revisão de obrigações pecuniárias[19], de modo a limitar-se, portanto, à alteração do valor das prestações e não propriamente à desproporção entre prestação e contraprestação;

e) Art. 393: traz o caso fortuito e a força maior como eventos aptos a romper o nexo causal e excluir a responsabilidade do devedor pelo incumprimento da obrigação, diante de sua impossibilidade definitiva. Digno de nota lembrar que, além da necessariedade e inevitabilidade do evento, modernamente é importante aferir se o evento superveniente (ainda que imprevisível e inevitável) está dentro da esfera de risco do negócio do empreendedor, hipótese em que não será apto a eximir a responsabilidade do devedor. É o chamado fortuito interno, na tradicional jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça ("STJ");

f) Art. 421: alberga o princípio da função social do contrato. É o substrato que alberga a frustração do fim do contrato, juntamente com a boa-fé objetiva;

g) Art. 421-A, I, II e III: incorpora regras para a interpretação de contratos civis e empresariais, com (a) a presunção *juris tantum* de paridade e isonomia, (b) a possibilidade de criação de regras de interpretação, de revisão e de resolução do contrato pelos contratantes, (c) a necessidade de o julgador observar a alocação dos riscos contratuais dispostas pelas partes e (d) o caráter excepcional e limitado da revisão dos contratos;

h) Art. 422: consagra o princípio da boa-fé objetiva na conclusão e execução dos contratos;

i) Art. 476: traz o princípio da exceção de contrato não cumprido;

j) Art. 477: consagra o princípio da exceção por inseguridade;

k) Art. 478 e 479: prevê a revisão[20] ou resolução do contrato por excessiva onerosidade, com requisitos bem definidos: (i) contratos de execução continuada ou diferida; (ii) fato extraordinário e imprevisível (ou de consequências imprevisíveis/inesperadas), (iii) excessiva onerosidade para uma das partes; e (iv) extrema vantagem à contraparte.

---

19 Um apanhado geral dos entendimentos acerca de exegese em torno do art. 317 do Código Civil é feito por FRANCISCO MARINO, na recente obra *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24-32.

20 Há discussão na doutrina a respeito da possibilidade de o autor da ação requerer a revisão do contrato, uma vez que a letra do art. 478 do Código Civil prevê apenas a resolução, autorizando-se a revisão no art. 479 do Código Civil, por iniciativa do réu. Sobre o tema, vide MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual...*p. 21-73.

l) Art. 492: regra de distribuição de riscos ao tipo contratual da compra e venda em caso de perecimento da coisa (*res perit domino*);

m) Art. 566, I, II: obrigação de o locador entregar ao locatário a coisa alugada em estado a servir ao uso a que se destina e a mantê-la nesse estado durante a execução do contrato, garantindo o uso pacífico da coisa;

n) Art. 587: distribuição de riscos em contrato de mútuo;

o) Art. 611 e 612: distribuição de riscos em contrato de empreitada;

p) Art. 623: possibilidade de suspensão do contrato de empreitada pelo dono da obra, com definição de indenização a ser paga;

q) Art. 625, II: possibilidade de suspensão do contrato de empreitada pelo empreiteiro diante de dificuldades supervenientes imprevisíveis que tornem a empreitada excessivamente onerosa;

r) Art. 753 e parágrafos: distribuição de riscos em contrato de transporte de coisas quando sobrevier impedimento ou sofrer longa interrupção.

Alguns dos dispositivos acima elencados servem para tentar revisar ou resolver contratos impactados pela COVID-19. Trazem requisitos e pressupostos de aplicação que, no entanto, não são suficientes para contemplar todos os casos que hoje se apresentam. Outros dispositivos preveem regras relativas à distribuição dos riscos contratuais, de grande valia para auxiliar no tratamento das consequências da eventual revisão ou resolução potencialmente cabível no caso concreto, mas que também podem não esgotar todos os casos.

A frustração do fim do contrato preenche algumas dessas lacunas.

5 Frustração do Fim do Contrato

5.1 Origem

O tema da frustração do fim do contrato tem sua origem no Direito inglês[21], especificamente no instituto da *frustration of contract*, desenvolvido para amenizar a regra do caráter absoluto das obrigações (*rule of absolute liability*).

Situações exatamente como as que hoje vivemos em face da COVID-19 foram analisadas pelas Cortes inglesas na época do caráter absoluto das

21 "Interrogado un eminente jurista del Brasil, el profesor Do Couto e Silva, de la Universidad Federal del Río Grande do Sul, sobre el tema, nos contestó sin vacilar, 'es una teoria del Derecho inglês'. (MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1991, nota de rodapé n. 2, p. 67). Nesse sentido, ainda: ANDERSON, Arthur. *Frustration of contract — a rejected doctrine*. *Heinonline — De Paul Law Review*, v. III, n. 1, Autumn-winter, 1953, p. 1 e 21.

obrigações, mantendo-se hígido o contrato. Foi o que ocorreu, por exemplo, em *Paradine v. Jane* (1647). Tratava-se de uma locação na qual o locatário (*Paradine*) não pôde usufruir o bem locado em decorrência de sua ocupação por tropas inimigas. O Tribunal entendeu que *Paradine* não poderia ser liberado do pagamento do aluguel ajustado porque a simples impossibilidade de gozar do bem locado não era uma válida eximente.[22]

O panorama começou a modificar-se a partir do caso *Taylor v. Caldwell* (1863). Taylor locou um imóvel (*Surrey Gardens* e *Music Hall*) de propriedade de Caldwell para promover quatro grandes concertos em junho, julho e agosto de 1861. Seis dias antes do primeiro concerto, o local foi destruído por um incêndio, levando Taylor a demandar as perdas e danos em face de Caldwell. A ação foi julgada improcedente pelo fato de a destruição do local, sem culpa do locador, representar impossibilidade objetiva no cumprimento, não sendo possível responsabilizar o locador por este fato superveniente. Esse julgamento é apontado como a gênese da teoria que veio a ser denominada *doctrine of frustration*, muito embora os casos clássicos mais citados em termos de *frustration of purpose* sejam os *coronation cases*[23].

A *frustration of contract* do Direito inglês tem caráter amplo, abrangendo não só a *frustration of purpose* (equivalente à nossa frustração do fim do contrato), mas também a *impossibility* (impossibilidade superveniente) e a impracticability (excessiva onerosidade)[24].

Essa precisão terminológica é fundamental porque há um sem-número de escritos que tratam do tema da *frustration* e mencionam hipóteses que, no direito continental, são conhecidas como teoria da excessiva onerosidade, teoria da imprevisão e impossibilidade, o que pode ocasionar sérias confusões ao leitor mais desavisado. HANS SMIT, por exemplo, ao apresentar seu estudo da *frustration of contract* em diversos ordenamentos jurídicos, menciona que "*the frustration problem is generally referred to in French legal writings as that of imprévision*"[25].

Os casos da coroação são o marco determinante para a consagração da *frustration* em sua vertente reconhecida como *frustration of purpose*. Eram

---

22 Paradine vs. Jane (1647) Aleyn 27: "When the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract."

23 TREITEL, G. H. The law of contract. 6. ed. London: Stevens & Sons, 1983, p. 649. É importante destacar que TREITEL utiliza a frustration como uma doutrina geral, na qual estão englobados todos os casos nos quais as partes podem ser liberadas de suas obrigações contratuais, desde que, após a formação do contrato, a prestação torne-se impossível (impossibility), ilegal (illegality) ou, ainda, se o objetivo do contrato não puder mais ser alcançado (frustration of purpose). Rigorosamente, o precedente Taylor v. Caldwell representa um exemplo de impossibilidade superveniente, posto que não era mais possível exercer a locação por causa da destruição do imóvel pelo incêndio.

24 Para um detalhamento do que está compreendido dentro da impossibility e impracticability, confira-se nossa obra, *A frustração* ...p. 13-44.

25 SMIT, Hans. Frustration of contract: a comparative attempt at consolidation. *Heinonline — Columbia Law Review*, v. 58, n. 3, Mar. 1958, p. 301, nota 110.

casos envolvendo a locação de espaços de imóveis (sobretudo, janelas) com a finalidade específica de assistir ao desfile da coroação do rei Eduardo VII. Em virtude do adoecimento do rei, o desfile foi cancelado, surgindo o problema da eficácia dos contratos de locação. Deveria o locatário pagar o valor ajustado mesmo não tendo mais qualquer sentido ou utilidade a locação? As prestações já pagas deveriam ser restituídas pelo locador? E as despesas incorridas com a contratação?

No primeiro *coronation case — Krell v. Henry* —, Henry celebrou com Krell um contrato de locação de algumas salas em Pall Mall (Londres) que possuíam janelas para a rua onde passaria o desfile da coroação do Rei Eduardo VII nos dias 26 e 27 de junho de 1902. O locador Krell anunciou nas janelas do prédio que as estava alugando para a visualização da coroação real e pediu a quantia de 75 libras, sendo 25 libras pagas antecipadamente. O rei adoeceu e não se realizou o desfile da coroação. Em 1903, o locador ajuizou ação para haver o valor da locação, mas a sentença de primeiro grau julgou a favor do réu, aduzindo, ainda, que ele — locatário — tinha direito de recuperar as 25 libras pagas antecipadamente. O locador apelou, mas seu recurso não foi provido pelo Juiz Vaughan Williams.[26] As perguntas que esse Juiz fez para saber se as partes deveriam ser liberadas de suas obrigações em razão do evento superveniente ocorrido foram: (a) O que, tendo em conta todas as circunstâncias, era o fundamento do contrato? (b) O cumprimento do contrato foi impedido? (c) O evento que impediu o cumprimento do contrato foi de tal característica que razoavelmente se pode dizer que não foi contemplado pelas partes na data de sua celebração?[27] Caso a resposta a todas essas perguntas seja afirmativa, o Juiz entende que ambas as partes deveriam ser liberadas da execução do contrato, pois o evento que acarretou a frustração não foi antecipado (previsto) pelas partes (e também não poderia sê-lo) e constituía fundamento (base) do contrato.

---

26 Assim entendeu o julgador: "*I do not think that the principle of the civil law as introduced into the English law is limited to cases in which the event causing the impossibility of performance is the destruction or non-existence of something which is the subject-matter of the contract or of some condition or state of things expressly specified as a condition of it. I think that you first have to ascertain, not necessarily from the terms of the contract, but if necessary from necessary inferences, drawn from surrounding circumstances recognized by both contracting parties, what is the substance of the contract, and then to ask the question whether that substancial contract needs for its foundation the assumption of the existence of a particular state of things. If it does, this will limit the operation of the general words, and in such case if the contract becomes impossible of performance by reason of the non-existence of the state of things assumed by both contracting parties, as the foundation of the contract, there will be no breach of the contract thus limited (...) the plaintiff exhibited on his premises, third floor, 56A, Pall Mall, an announcement to the effect that the windows to view the royal coronation processions were to be let, and that the defendant was induced by the announcement to apply to the housekeeper on the premises, who said the owner was willing to let the suíte of rooms for the purpose of seeing the royal procession for both days, but not nights, of June 26 and 27. In my judgment, the use of the rooms was let and taken for the purpose of seeing the royal processions (...). It was a licence to use rooms for a particular purpose and none other. And in my judgment the taking place of those processions on the days proclaimed along the proclaimed route, which passed 56A, Pall Mall, was regarded by both contracting parties as the foundation of the contract (...)*" (WHEELER, Sally; SHAW, Jo. *Contract law.* Cases, materials and commentary. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 739-740).

27 WHEELER, Sally; SHAW, Jo. *Contract law*, p. 740-741.

No outro conhecido caso da coroação, *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* (1903), também era objeto da discussão um contrato de locação de uma embarcação para que o locatário (um empresário) pudesse levar os interessados para assistir à revista da frota que ocorreria em 28 de junho de 1902 em decorrência da coroação do rei Eduardo VII, bem como para fazer um passeio pela região e à Ilha de Wight. Tendo em vista o adoecimento do rei, a revista foi cancelada. O locador demandou o locatário para receber o valor da locação do barco (200 libras). O locatário defendeu-se, oferecendo reconvenção para que lhe fosse restituído o valor de 50 libras já depositadas. O locatário foi vencedor em primeiro grau, mas perdeu a ação no Tribunal.

O principal fundamento para que o precedente *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* não tivesse a mesma solução adotada em *Krell v. Henry* foi o de que assistir à revista naval não era um objetivo que constituía *foundation of the contract* para ambas as partes, tal qual verificado em *Krell v. Henry.* Isso foi justificado pelo Juiz Vaughan Williams e ratificado por Romer, com o argumento de que a embarcação foi locada para que fosse contemplada a revista naval, para que se desse um passeio pela região e, ainda, para transportar as pessoas a uma festa que ocorreria na Ilha de Wight. Era bastante comum o aluguel de embarcações para passear pela região, de forma que era muito provável que o locador não tivesse tido em conta o objetivo do locatário de proporcionar aos seus clientes a observação da revista naval. Além disso, os objetivos de passear pela região e ir até a Ilha de Wight ainda poderiam ser alcançados, o que leva alguns autores[28] a interpretarem que não houve uma completa *failure of consideration* ou mesmo uma total privação do objeto de sua *bargain.*

Interessante observar que os fundamentos teóricos da *frustration* variaram ao longo dos anos acompanhando a maior ou menor relevância do papel da vontade nos contratos. Por isso, desde enfoques mais subjetivos (como a *implied term*) até outros mais objetivos (como a *foundation of contract*), entre outros, foram utilizados ao longo dos anos.

5.2 A base do negócio

Embora a frustração do fim do contrato tenha surgido no Direito inglês, foi com a teoria da base do negócio e a sua evolução com KARL LARENZ que ela ficou melhor sistematizada, sendo, ao final, definida como uma das formas pelas quais se perde a base objetiva da contratação.

Esse dado é importante porque a base objetiva do negócio, já bem sedimentada entre nós[29], será, possivelmente, uma das teorias que as partes deverão se socorrer bastante para conseguir solucionar um grande número de problemas decorrentes do impacto da COVID-19 sobre os contratos.

---

28 BROWSNWORD, Roger. *Towards a rational law of contract*. In: WILHELMSSON, Thomas (Ed.). Perspectives of critical contract law. Aldershot, Dartmouth, 1993, p. 241-247 *apud* WHEELER, Sally; SHAW, Jo. *Contract law*, p. 742.

29 A despeito das pertinentes críticas que recebeu e que merecem atenção.

A Lei para a Modernização do Direito das Obrigações, aprovada em outubro de 2001, positivou a teoria da base subjetiva e objetiva na parte dedicada ao chamado Direito da Perturbação das Prestações, especificamente quando tratou da alteração das circunstâncias no § 313 do BGB[30]. Trouxe, ainda, modificações nas regras da impossibilidade (com um alargamento de seu campo de aplicação, cf. §§ 275 e seguintes)[31], da resolução (§§ 346 a 354) e da denúncia (§ 314), além de codificar institutos já consagrados pela doutrina e jurisprudência, mas ainda não positivados, como a *culpa in contrahendo* (§ 311/2), os deveres acessórios (§ 241/2), a violação positiva do contrato (§§ 280/1 e 324) e o contrato com proteção de terceiros (§ 311/3). Segundo MENEZES CORDEIRO, a reforma não objetivava mudar soluções já consagradas, mas, antes, promover a *"codificação de doutrinas e soluções já conhecidas"* para que se tivesse *"um direito mais facilmente e seguramente manuseável"*, onde *"as conexões tornam-se mais claras e seguras"*[32].

O processo até a normatização no § 313 do BGB foi longo. A rigor, as teorias que se sucederam até chegar à base objetiva do negócio jurídico buscavam superar deficiências e vicissitudes daquelas já existentes, ora centrando o fundamento da modificação ou resolução do contrato na vontade, ora em critérios mais objetivos.

De forma muito sucinta, as principais teorias que antecederam a base do negócio de LARENZ foram as seguintes:

a) Teoria da pressuposição de BERNARD WINDSCHEID: WINDSCHEID lançou em 1850 a precursora teoria da pressuposição[33] para resolver

30 Adaptation and ending of contracts Section 313 Interference with the basis of the transaction (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may withdraw from the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to withdraw.

31 Exclusion of the duty of performance (1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. (2) The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance. (3) In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor. (4) The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311 and 326.

32 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da modernização do direito civil*. Aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004, v. I, p. 102.

33 "*En lugar del modo o carga, Windscheid pretendió introducir, en su obra así titulada (Die Voraussetzung, en 1850), el concepto de la presuposición. Ésta representa un término intermedio entre el simple motivo (véase supra, § 39) y el motivo elevado a la categoria de verdadeira condición (véase supra, §§ 52 y 53), la*

os problemas relativos à alteração das circunstâncias. Sustentava que a manifestação de vontade é feita sempre tendo em conta certos pressupostos, à semelhança de quem declara sua vontade submetida à condição de que a eficácia do negócio venha a se produzir em um determinado estado das coisas. Se esse pressuposto sobre o qual a vontade se assentou não se verifica ou se altera, pode resistir ao cumprimento do ajuste exigido pela outra parte. Desse modo, a pressuposição seria uma condição não desenvolvida, uma autolimitação da vontade verdadeira e não da vontade efetiva[34]. Sua teoria foi criticada especialmente por OTTO LENEL[35] e não foi consagrada no Código Civil alemão;

b) Vontade eficaz e a finalidade essencial do contrato, de ERICK KAUFMANN: Buscando amenizar a carga subjetiva da doutrina de WINDSCHEID[36], KAUFMANN sustentava que a alteração subsequente dos fatos deveria ser levada em consideração na medida em que pusesse em perigo a finalidade essencial do contrato (fim que as partes atribuíram, algo ao mesmo tempo objetivo e subjetivo, concreto e geral). A cláusula *rebus sic stantibus* teria vigência ainda que os contratantes não a tivessem acolhido em sua "vontade empírica", pois a vontade que determinava as consequências jurídicas era a "vontade eficaz" (aquela que se deduz do conteúdo da declaração);

idea de la realidad de un acontecimiento, positivo o negativo, pasado, presente o futuro, en el cual se funda la declaración. La inexactitud o el incumplimiento de esa «presuposición » debe dar lugar, por regla general, con arreglo a la doctrina de Windscheid, a la ineficacia del negocio" (OERTMANN, Paul. *Introdución al derecho civil*. Trad. Luis Sancho Seral. 3. ed. Barcelona-Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 304).

34 "*La presupposizione è una condizione non isvolta* [unentwicklelte] *(una limitazione della volontà, che non si è svolta fino ad essere uma condizione). Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al par di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effecto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei raporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'efetto da questo stato dei raporti. La conseguenza di ciò è, che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbevenga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero, proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà e, quindi la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione, che la giustifichi. In conseguenza di ciò colui, che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà, può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni, che da essa si derivano, quanto anche instituire a sua volta contro colui, a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione direta a farlo cessare*" (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Volume primo. Parte prima. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 394-397).

35 Segundo o qual não havia diferença entre a pressuposição e um simples motivo (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares,2002, p. 18-19).

36 Conforme ensina MARIO BESSONE, "KAUFMANN advertiu que a modificação das circunstâncias que influenciam o contrato tem relevo, não tanto em função da representação mental que eventualmente tiveram as partes, mas mais na medida em que um novo estado de coisas prejudica o escopo e economia do negócio, os quais são indicados pelo tipo negocial e pelo conteúdo do próprio contrato." (BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrat- tuale*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 140, nota 59).
Segundo PONTES DE MIRANDA, "para E. KAUFMANN, a vontade negocial não é só a *empírica* é tôda a vontade eficaz, isto é, tôda a vontade que foi manifestada *mais* a que corresponde ao tipo negocial, à finalidade mesma, essencial, do negócio jurídico" (PONTES DE MIRANDA, F. C., *Tratado de direito privado*, t. XXV, p. 217).

c) Reserva Virtual, de E. KRÜCKMANN: Assim como KAUFMANN, KRÜCKMANN foi outro defensor da cláusula *rebus sic stantibus*[37], sustentando que mesmo que as partes não tivessem conhecimento a seu respeito, ela teria aplicação, pois seria uma *reserva virtual*, a menos que o outro contratante tivesse se oposto expressamente à ela. O diferencial era que a reserva virtual não era qualquer coisa concebida segundo uma vontade identificável no momento do consenso, mas um dado que se deduziria de uma interpretação do contrato segundo a boa-fé objetiva[38];

d) Base do negócio, de PAUL OERTMANN: A base do negócio (*Geschäftsgrundlage)* surgiu pela primeira vez em 1921 com OERTMANN. Seria ela a "*representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial*."[39] Enquanto a pressuposição tinha um cunho unilateral, relacionado à vontade de uma das partes, a base do negócio oertmanniana traduzia uma representação sobre a qual se formava a vontade comum a ambas as partes[40]. A base do negócio de OERTMANN foi criticada por não atender ao negócio enquanto negócio, senão às representações do contratante como um fato especial paralelo ao contrato, o que acabava por criar uma artificiosidade consistente em atribuir à vontade das partes aquilo que elas sequer poderiam ter imaginado, porque nunca previram a ocorrência do evento superveniente;

e) Finalidade objetiva do negócio, de LOCHER: EUGEN LOCHER propôs um novo conceito de base do negócio, vinculando-a ao que chamou de finalidade objetiva do contrato, a fim de desatrelá-la da ideia de OERTMANN (representação das partes de que permaneceria o estado de coisas presente no momento da contratação), por ser subjetiva. Segundo ele, a base do negócio estaria constituída não pelas representações das partes, mas por aquelas circunstâncias necessárias para se alcançar a finalidade objetiva do negócio,

37 GALLO, Paolo. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto.* Milano: Giuffrè, 1992, p. 95.

38 "Segundo KRÜCKMANN, o regulamento contratual traz implícita uma reserva em virtude da qual a falta das circunstâncias pressupostas autoriza o sujeito a se desvincular da relação. E esta reserva virtual não é qualquer coisa concebida segundo uma vontade identificável no momento do consenso, mas um dado que se deduz de uma interpretação do contrato segundo o metro da boa-fé objetiva." (BESSONE, Mario. *Adempimento...,* p. 141, nota 61)

39 OERTMANN, Paul. Geschäftsgrudlage, apud LARENZ, Karl. Base..., p. 5 e 20. O conceito ainda pode ser extraído de GALLO, Paolo. Sopravvenienza..., p. 97.

40 A respeito, LARENZ, Karl. *Base*..., p. 20; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración*..., nota de rodapé 2, p. 98.

determinada pelas partes e posta em relevo no contrato, mediante as suas condutas que sejam conforme o contrato[41];

f) Teoria unitária, de LEHMANN: com a teoria unitária, LEHMANN procurou equalizar os elementos objetivos e subjetivos,[42] sustentando que deve ser verificado se, de acordo com a boa-fé e em atenção ao fim do contrato, o contratante admitiu que ele dependia de certas circunstâncias, ou que lealmente teria admitido se, no momento da conclusão do contrato, tivesse em conta a insegurança dessas circunstâncias.

Após elencar um arsenal de decisões proferidas na Europa, especialmente na Alemanha e no Direito inglês, que tratavam do tema atinente à alteração das circunstâncias, LARENZ fez uma análise do movimento doutrinário e jurisprudencial, apontou erros, acertos e defendeu que a base do negócio poderia ser entendida em um duplo sentido[43]:

a) Base subjetiva: representação mental existente ao concluir o negócio que influenciou grandemente na formação dos motivos. Essa foi a base do negócio adotada por WINDSCHEID e OERTMANN. LARENZ diz que a base em sentido subjetivo entra no campo dos motivos e tem que ser concebida juridicamente na teoria do erro nos motivos e dos vícios da vontade;[44]

b) Base objetiva: conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõem devidamente o contrato — saibam-nas ou não os contratantes — já que, não sendo assim, não se lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto. Essa foi a base do negócio perseguida por KAUFMANN, KRÜCKMANN e LOCHER.

LARENZ diz que a base objetiva se refere à questão de ser ou não possível realizar-se o fim do contrato e a intenção conjunta das partes contratantes. As duas principais formas de manifestação da base do negócio são: (1) a destruição da relação de equivalência; e (2) a impossibilidade de alcançar o fim do contrato.[45]

---

41 LOCHER, Eugen. *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, AcP 121 (1923), *Apud* MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé* no Direito Civil, p. 1.035.

42 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 30. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración*..., p. 102. Nesse sentido, ainda, MARIO BESSONE defende que a teoria de LEHMANN procura conciliar os pontos de vista subjetivo e objetivo, traduzindo um "entrelaçamento de diversos com ponentes que por um lado requer o tradicional assunto nos termos de uma hipótese psicológica e, por outro lado, deixam ao contrário aflorar o exercício de um controle sobre a economia do negócio" (*Adempimento*..., p. 149-150, nota 74).

43 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 34.

44 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 34.

45 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 34-35.

À LARENZ incomodava o mero e simples recurso a soluções de equidade, defendendo que fosse buscada uma solução de validade geral[46], o que, segundo ele, apresentaria duas vantagens: permite uma segurança e continuidade da jurisprudência e uma compreensão dos seus fundamentos que o homem moderno exige para respeitar a autoridade das decisões judiciais.[47] E para se encontrar essa solução geral deve-se verificar que as modificações ocorridas fundamentam-se "*en el propio contrato; las circunstancias puramente personales del deudor no entran en consideración a este respecto, o lo hacen solo en cuanto que constituyen la propia base del contrato, como sucede en los contratos de alimentos*".[48]

A grande percepção de LARENZ, todavia, foi a de que os casos de impossibilidade da prestação por fatos posteriores e alheios à vontade do devedor não são os únicos em que a relação obrigacional perde a finalidade ou o objeto. Há casos nos quais a prestação é perfeitamente possível, mas que, por algum evento superveniente, o contrato não tem mais razão de ser, perdeu seu sentido, tornou-se inócuo, vazio. Aqui se insere a frustração do fim do contrato.

É por isso que LARENZ enquadra na base do negócio em sentido objetivo a (1) destruição da relação de equivalência e a (2) impossibilidade de alcançar o fim do contrato.

Base do negócio em sentido objetivo seria, pois, "*las circunstancias y estado general de cosas cuya existência o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido*".[49]

O ponto central da teoria da base do negócio em sentido objetivo é que o contrato permaneça sempre dotado de sentido, o que deixa de existir quando é destruída a relação de equivalência entre as prestações, de tal modo que não se pode mais falar em "contraprestação", ou que resulte inalcançável a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, mesmo quando seja possível a prestação.[50]

Diversamente de WINDSCHEID e OERTMANN, em LARENZ a tarefa de interpretação não parte da vontade, ou seja, da representação mental das partes. Para ele, não é a vontade negocial, senão a declaração (originada pela vontade negocial, mas de certo modo desligada dela) o que constitui, enquanto

46 Idéia que FLUME critica (FLUME, Werner. *El negocio jurídica*. Parte general del derecho civil. Trad. José Maria Miguel González; Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. 2, p. 590), para quem as soluções únicas e de caráter geral é que levam à eqüidade.

47 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 97.

48 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 97.

49 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 159.

50 LARENZ, Karl. *Base*..., p. 159.

complexo de sentido objetivamente inteligível, e na significação cognoscível pelo destinatário e imputável ao declarante, o fundamento suficiente das consequências jurídicas.[51] Aduz, pois, que a meta da interpretação dos negócios jurídicos não é a averiguação da vontade negocial em sentido psicológico-real, mas a significação que a declaração tem para o destinatário e para o declarante. A declaração pode abarcar elementos e consequências que o declarante não tinha consciência, ao menos de modo induvidoso, no momento de emiti-la e que, por conseguinte, supera os limites de sua "atual vontade negocial".[52]

As consequências da perda da base seriam a revisão do contrato ou sua resolução. O grande problema reside, todavia, em definir quem arcará com eventuais prejuízos decorrentes da alteração das circunstâncias, em especial com despesas que as partes já tenham incorrido em razão da contratação.

Buscando a delimitação do âmbito de aplicação da teoria da base objetiva, LARENZ também sustentou que não importam o seu desaparecimento as transformações que: (1) são pessoais ou se limitam à esfera de influência da parte prejudicada; (2) repercutiram no contrato porque a parte prejudicada estava em *mora solvendi* ou *accipiendi*; (3) sendo previsíveis, fazem parte do risco do contrato.[53]

Apesar do sucesso, a teoria de LARENZ não foi imune a críticas. Elas, a rigor, vieram em bom tempo, de modo retomar a atenção para o negócio em si e não apenas para as suas circunstâncias. Dessa forma, em vez de o ponto de análise partir das circunstâncias para o negócio jurídico, juristas como WERNER FLUME propuseram que o enfoque deveria sempre partir do negócio jurídico para as circunstâncias.

A premissa básica e genérica dessas teorias é a de que contratar envolve riscos, podendo as partes distribuí-los de acordo com a autonomia privada. O risco decorrente da alteração das circunstâncias deve ser suportado por quem o assumiu ou teve a sua esfera jurídica atingida, não se olvidando as consequências que a Lei já oferece para o tipo contratual em análise.

Entre os críticos, KEGEL preocupou-se em identificar quais alterações seriam eficazes a ponto de permitir uma distribuição do dano ocasionado entre os contratantes. Para isso lançou a distinção entre: a) grande base do negócio, que absorveria os acontecimentos que traduzem um perigo da comunidade em geral, massificado, oriundo de fatores naturais (catástrofes) ou

51 LARENZ, Karl. *Base...*, p. 164-165. Lembra bem Antonio Junqueira de Azevedo que "a *vontade não é elemento do negócio jurídico;* o negócio é somente a declaração de vontade" (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82). A vontade não faz parte do plano da existência do negócio jurídico, muito embora ela possa ter influência nos planos da validade e da eficácia; no plano da existência ela é "inteiramente absorvida pela declaração, que é seu resultado" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico ...*, p. 82).

52 LARENZ, Karl. *Base...*, p. 165.

53 LARENZ, Karl. *Base...*, p. 159.

humanos (causados pelo Estado, como guerras, planos econômicos), os quais acarretariam danos a grandes grupos de pessoas de forma indiscriminada. Ter-se-ia, aqui, uma esfera de perigo comunitária; b) pequena base do negócio, que seria a esfera de perigo individual de cada contratante. Em princípio, somente as alterações que se situassem na grande base do negócio é que seriam eficazes para proporcionar uma distribuição dos riscos do contrato entre os contratantes. As alterações circunscritas à pequena base do negócio não dariam margem à distribuição dos danos, salvo exceções, como nos casos de negócios de favor ou de erro na transação[54]. O critério aplicável seria a distribuição dos riscos e danos conforme as regras gerais de responsabilidade e de acordo com o tipo negocial.[55] KEGEL recomenda uma distribuição dos danos metade por metade como um indicador básico que atende a esses elementos.[56]

Podemos dizer que a teoria de KEGEL representa um prolongamento, mas não uma ruptura completa, da teoria da base do negócio, na medida em que parte da análise das circunstâncias supervenientes para avaliar se a *fattispecie* seria digna de tutela jurídica: se integrassem a grande base do negócio, mereceriam a proteção; do contrário, fazendo parte da pequena base do negócio, não fariam por merecer. O enfoque é, ainda, partir das circunstâncias para o negócio, e não do negócio para as circunstâncias.

Outro crítico foi FIKENTSCHER, segundo o qual os riscos delimitariam o conteúdo do contrato, formando o que denominou de "base da confiança". Ela seria constituída, basicamente, por eventos não sujeitos à álea do negócio que, uma vez ocorridos, acarretariam a inexigibilidade da obrigação.

A base da confiança seria dividida na (a) base pessoal de confiança (inclui pressuposições ligadas ao contratante, as quais poderiam ensejar a inexigibilidade por razões pessoais); e (b) base negocial de confiança (abrange circunstâncias exteriores à vontade negocial).

O evento que estivesse dentro da base da confiança e, portanto, fora do risco, poderia acarretar a inexigibilidade. Ao celebrar o negócio as partes se sujeitariam a um âmbito de risco que poderia ser afetado pela alteração das circunstâncias.

O risco, assim, teria o efeito de definir o contrato, estabelecendo até que ponto são exigíveis as prestações em razão de eventos estranhos a ele. A base do negócio, portanto, seria delimitada a partir de uma repartição dos riscos do contrato.

---

54 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé*..., p. 1.053-1.054.

55 BESSONE, Mario. *Adempimento*..., p. 159, nota 89.

56 A repartição salomônica proposta por KEGEL é criticada por WERNER FLUME, pois o professor emérito da Universidade de Bonn defende que a "justa" repartição dos riscos deve levar em consideração não só a repercussão do evento superveniente sobre a relação contratual, mas também como ele afetou cada um dos contratantes (*El negocio*..., p. 617, nota 77).

Foi com FLUME, que a linha de raciocínio da base do negócio foi rompida em definitivo. Pare ele, a alteração superveniente das circunstâncias é uma questão de distribuição dos riscos. A pergunta a ser respondida é: quem suporta o risco da realidade?

FLUME dedica duras críticas à teoria da base do negócio de LARENZ porque ela dá mais valor às circunstâncias do que ao próprio negócio, quando, segundo sua concepção, era a partir do ajuste contratual, cristalizado pela autonomia privada, que deveria ser feita a análise sobre quem suporta o risco da realidade para, somente após, recorrer às circunstâncias envolvidas, a fim de descobrir se a especificidade do tipo contratual justifica um tratamento especial e/ou diferenciado com relação ao tipo tradicional para a distribuição dos riscos.[57]

FLUME tratou de dar relevo à repartição dos riscos inerentes a cada tipo contratual (compra e venda, locação, prestação de serviços, empreitada), prevista na própria lei e que durante bastante tempo quedou subaproveitada ante a comodidade do recurso à boa-fé[58]. Essas normas poderiam conferir respostas sobre quem deve suportar o chamado risco da realidade[59], o que contou com apoio de autores italianos.[60]

---

57 "*La doctrina de la base del negocio ha conducido a no tomar ya en serio el contrato y a no esforzarse ya en hallar la solución jurídica a partir del contrato. En muchos casos de los resueltos por la Jurisprudencia con la doctrina de la base del negocio, una solución orientada al acuerdo contractual habría conducido al mismo resultado. Por eso podría pensarse que no importa, o que es solo un problema de formulación, si se atende a la base del negocio o al acuerdo contractual. Pero no es así. La orientación al acuerdo contractual proporciona una delimitación más precisa de la realidad a tener y a no tener en cuenta para la valoración jurídica, y ofrece por sí sola la garantía de que, si no se há dispuesto otra cosa por acuerdo individual de las partes, se ponga en práctica la distribución típica contractual de los riesgos, esto es, una distribución de riesgos como la que em larga tradición jurídica ha dado buenos resultados en la mayor parte de los casos. Pensar en la doctrina de la base del negocio es una tentación constante para liberarse de obligaciones contractuales. La misma es una tentación para el abogado para defender tales aspiraciones y es una tentación para el juez para sustituir el Ordenamiento jurídico y el reparto de riesgos determinado por el Ordenamiento jurídico con su propria idea de la equidad. El juez cree que las especiales circunstancias del caso exigían la resolución que se deduce de la doctrina de la base del negocio. Pero si niega el reparto de riesgos establecido por el Ordenamiento jurídico, resuelve en contra del Ordenamiento jurídico*." (FLUME, Werner. *El negocio*..., p. 619).

58 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé*..., p. 1.092.

59 *Cuando la realidad no concuerda con la referencia del contrato o se modifica posteriormente, como se ha dicho, el contrato no determina cuál de las partes soporta el riesgo de la realidad. Sin embargo, la regla ha de establecerse em relación con el contrato como* naturale negotii, *lo que respecto de los* naturalia negotii *siempre ha sido tarea de la Jurisprudencia. El abandono del* numerus clausus *de los tipos contractuales y el establecimiento de la abstracción del contrato obligatorio nada ha cambiado acerca de que la valoración jurídica respecto de los* naturalia negotti *sólo es posible si el concreto contrato obligatorio sobre el que há de decidirse jurídicamente, no si concibe como singularidade sino como tipo contractual. En lugar de las soluciones únicas a las que se han dirigido los esfuerzos de la doctrina de la base del negocio y que, finalmente, han conducido a una simple solución de equidad, de lo que se trata es estabelecer en cada caso, para el concreto tipo contractual como* naturale negotii, *la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de la realidad*." (FLUME, Werner. *El negocio*..., p. 590).

60 Mario BESSONE, por exemplo, elogia a construção em termos de risco contratual, especialmente por corrigir os equívocos do subjetivismo: "*A mio avviso, la diffusa propensione a descrivire la questione in termini di rischio constituisce uno dei più preziosi risultati dell'elaborazione dottrinale, perchè la considerazione che il problema non consiste tanto nell'accertare se proposta o accettazione presupponevano o no talune circostanze solidali con certe aspettative quanto nel chiedersi come distribuire i rischi e i danni impliciti nel crearsi di un dato stato di cose — al di là di insignificanti notazioni di ordine cronologico — assume il senso di autentico punto di approdo dela tormenta evoluzione di idee maturata nell'esperienza tedesca e*

Nessa medida, a escolha do tipo contratual, que encerra em si uma distribuição legal dos riscos, seria a base da qual o intérprete deveria solucionar o caso concreto.

A repartição dos riscos no pensamento de FLUME parte de dois eixos de análise: a) o tipo de evento ocorrido (caso se tratasse de um fato mais restrito que afetasse um dos contratantes (*realidade particular*) — o que equivaleria à "pequena base do negócio" de KEGEL (aqui se enquadram ocorrências como flutuação ou depreciação da moeda e alteração da legislação) —, ou caso fosse um fenômeno da *realidade social*, comum a ambos os contratantes (guerras, fatos políticos similares à guerra e catástrofes naturais) —, o que corresponderia, analogamente, à "grande base do negócio" kegeliana); b) a regulamentação do tipo contratual.

Para FLUME, o papel das circunstâncias entraria em cena somente para o caso de o tipo contratual ser muito geral e requerer, segundo o caso concreto, a sua divisão em tipos particulares que exigiriam uma distribuição especial dos riscos.

De qualquer maneira, o magistrado tem que encontrar uma norma que esteja orientada para o tipo contratual e que se enquadra no conjunto do ordenamento jurídico. As circunstâncias, pois, estimulariam o intérprete na identificação desses casos especiais que, justamente em razão de sua especialidade, demandariam uma diferenciação na regra da distribuição dos riscos.

Em caso de dúvida acerca da justiça da distribuição dos riscos para um tipo de contrato em razão das especiais circunstâncias envolvidas, FLUME adverte — e aqui, parece-nos, a grande diferença com relação à base do negócio e seus prolongamentos — que "*el juez no puede inferir la decisión «justa» de las circunstancias del caso. Estas circunstancias — a diferencia del contenido del acuerdo contractual a determinar por medio de la interpretación — tan sólo pueden ser un estímulo para él si el tipo contractual regulado por la Ley es demasiado general y ha de dividirse en tipos particulares que precisen un reparto especial de riesgos, o si la norma existente para el tipo contractual respecto de la distribución de riesgos ha de diferenciarse según las distintas circunstancias. El juez, por tanto, tiene que hallar una norma que esté orientada al tipo contractual y esta norma tiene que encuadrarse en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Si se contempla así la tarea judicial, es evidente que esta creación jurídica no puede ser el que hacer de cada día, aunque cada día puede ofrecer estímulos para ello*."[61]

reassume bene l'esito del processo attraverso il quale hanno potuto essere dissipati gli equivoci determinati dalla tradizionale mística della volontà" (p. 154).

61 FLUME, Werner. *El negocio*..., p. 621. Mais críticas dirigidas à base do negócio são bem expostas por CATARINA MONTEIRO PIRES, às fls. 380-388 da obra *Impossibilidade da Prestação* (Coimbra: Almedina, 2018).

5.3 Conceito da Frustração do Fim do Contrato

A frustração do fim do contrato é a situação na qual, mesmo sendo possíveis as prestações ajustadas, o contrato perde seu sentido e razão de ser (a) pela impossibilidade alcançar sua finalidade concreta (causa concreta) ou (b) por já ter sido alcançada, ambos em decorrência de um fato superveniente à contratação, não imputável às partes. A frustração do fim do contrato pode se apresentar sob duas formas: (1) impossibilidade de alcançar o fim do contrato; (2) obtenção do fim por meios diversos do contratado.

Seguindo a terminologia de LARENZ[62], a frustração do fim do contrato é uma das formas pelas quais há a perturbação da base do negócio em sentido objetivo.[63]

O fim aqui referido é o efeito prático que o contrato proporcionará, são os efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão: os efeitos diretos resultantes do contrato de locação são um dar (entrega do preço) em troca de um fazer (permitir o uso de um bem específico); essa locação pode ser feita para admirar uma queima de fogos no *réveillon*, que será o efeito esperado com os efeitos da locação. É a já conhecida causa concreta.

O fim do contrato, entendido na teoria da causa como c*ausa finalis* (na versão causa concreta), polariza o adimplemento, dá cor e movimento às atribuições patrimoniais e constitui fator de eficácia do negócio jurídico. Nessa medida, a impossibilidade de alcançá-lo poderá fazer com que o negócio não produza mais efeitos, ficando sujeito à resolução ou à resilição, de acordo com o momento em que ocorreu o evento frustrante.

Pensemos, por exemplo, em um contrato de transporte mensal para a logística e distribuição de roupas para uma cadeia de lojas físicas de vestuário que, por conta da determinação governamental decorrente da pandemia COVID-19, não pode abrir suas lojas aos consumidores e não tenha vendas *online*. O transportador pode cumprir com sua prestação, transportando a mercadoria, e o lojista também pode efetuar o pagamento e receber as roupas em seu depósito. Porém, não há sentido ou utilidade em transportar as roupas se elas não podem ser vendidas. Não se trata de impossibilidade (e tampouco de excessiva onerosidade, porque o valor pelo serviço de transporte permanece com o mesmo preço).

---

62 "*La imposibilidad de alcanzar el fin objetivo del contrato puesto de relieve en el contenido del mismo, o, según la terminología de Krückmann, la imposibilidad de la consecución del fin (o del ejercicio del derecho), constituye, al lado de la destrucción de la relación de equivalencia, el segundo supuesto de hecho típico al realizarse el cual (con independencia del caso, legalmente regulado, de la imposibilidad de la prestación) el contrato no merece ser conservado o serlo sin modificaciones, por haber perdido su sentido originario*" (LARENZ, Karl. *Base...*, p. 138).

63 Oportuna a observação de ESPERT SANZ, no sentido de que a base do negócio não é o mesmo que o fim do contrato, pois enquanto este é "lo que hay que conseguir", aquela é o "statu quo que el mundo exterior ha de conservar para que el fin ha de cumplirse" (ESPERT SANZ, Vicente. La frustración del fin del contrato. Madrid: Editorial Tecnos, 1968, p. 185). Em outras palavras, a base do negócio (em sentido objetivo) é o conjunto de circunstâncias que existem ao tempo da contratação e que são objetivamente necessárias para que o negócio continue dotado de sentido, ou seja, trata-se de elemento exterior ao contrato. A relação é externa ▬ interna. Já o fim é um elemento que vai integrar o próprio conteúdo do contrato e dele emana; a relação é interna ▬ externa.

Outro exemplo é o do contrato de fornecimento regular de bebidas para uma cadeia de restaurantes que teve de paralisar suas atividades em razão da ordem de fechamento das atividades por conta da COVID-19. Se o dono dos restaurantes pode pagar pelo fornecimento e receber as mercadorias, e o transportador pode entregar as bebidas, estaremos diante de um caso de impossibilidade ou de excessiva onerosidade? Evidente que não. Ainda que o dono da cadeia de restaurantes esteja com dificuldades para o pagamento pela perda de faturamento, não há propriamente uma desproporção no valor do fornecimento porque os produtos não sofreram variação de preço.

O sistema da impossibilidade, da excessiva onerosidade e do caso fortuito e da força maior são insuficientes para tratar os casos acima referidos, notadamente porque (a) não se trata de prestações impossíveis em definitivo; (b) o valor em si das prestações não foi alterado, não se podendo falar em excessiva onerosidade de uma das partes com extrema vantagem para a outra. Desse modo, o regramento legal da impossibilidade, o art. 317, o art. 393 e o art. 478 do Código Civil não se encaixam para resolver essas situações.

É importante destacar, desde já, haver uma zona bastante árida e nebulosa para a distinção entre alguns casos de impossibilidade da prestação e de frustração do fim do contrato, notadamente quando a finalidade contratual tenha sido colocada de tal forma no contrato pelas partes de modo a integrar visceralmente a própria prestação[64]. Importa saber, para este momento, que mesmo com uma interpretação mais alargada da impossibilidade superveniente, a frustração do fim do contrato ainda preserva o seu espaço.

RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, com auxílio em PONTES DE MIRANDA, albergam a teoria da frustração do fim do contrato afirmando que *"a frustração do fim do contrato, por fatos externos e não incluídos no risco daquele tipo de negócio, destrói a razão de ser da permanência das obrigações: 'deixa de subsistir*

64 O tema é tratado de forma profunda e detalhada por CATARINA MONTEIRO PIRES (*Impossibilidade*..., p. 329-437). A autora adota, de forma acertada, um conceito de prestação que abarca não só a atividade do devedor, mas o resultado almejado pelo credor. E o faz de forma ponderada, concluindo a professora da Universidade de Lisboa que "a prestação impossível pode ser uma prestação entendida enquanto resultado da atividade do devedor, o que quer dizer que devem ser enquadradas neste âmbito as hipóteses de consecução do fim por via diversa do cumprimento e do desaparecimento do substrato da prestação. Já os casos de frustração ou perturbação do fim, em que se verifica um mero desaparecimento do interesse do credor, não poderão ser reconduzidos à disciplina dos artigos 790.º e ss, salvo se estivermos na presença de uma prestação finalizada" (p. 437). Assim, para CATARINA MONTEIRO PIRES, interessa saber se por meio da interpretação jurídica é possível aferir ter havido um "acordo relativamente ao fim" (p. 365): se houver, estar-se-á no campo da impossibilidade da prestação (pois se estará diante de uma "prestação finalizada"); se não houver, estaremos fora do campo da impossibilidade e dentro do campo da perturbação das prestações, onde se inclui a frustração do fim do contrato. De qualquer modo, é importante a conclusão da autora ao dizer que "concluímos que tem razão Löwish e Caspers quando salientam que a solução da aplicação da norma que determina a extinção do dever de prestar em virtude da impossibilidade do cumprimento – no caso o § 275/1 do BGB – aos casos de frustração do fim implicaria que o conceito de prestação em que o preceito baseia-se fosse <<excessivamente alargado>> através do acolhimento do fim de emprego. Exige-se, porém, prudência no seguimento da recomendação dos Autores, quando indicam ser preferível aplicar o §313 do BGB, relativo à perturbação da base do negócio, suscetível de fornecer uma solução elástica para estes problemas." (*Impossibilidade*..., p. 436-437).

a base do negócio jurídico (...): (b) se não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo-se que a finalidade de um dos figurantes, que o outro admitiu, é objetiva (= subjetiva comum)'."[65]

De forma correta, ESPERT SANZ oferece definição bastante completa da frustração do fim do contrato, sem extravasá-la para searas nas quais já figuram outras teorias, ensinando que "*La frustración del fin del contrato es un supuesto concreto dentro de esta patologia sobrevenida, consistente en que posteriormente a la perfección del contrato, ciertas circunstancias han cambiado, haciendo inútil para una de las partes la prestación pendiente de cumplimiento y planteando el problema de saber hasta qué punto puede dicha parte ser obligada a cumplir su propria prestación aun a sabiendas de que lo que recibe a cambio de ella no le reportará ya ninguna utilidad, de que el contrato ha perdido para ella su sentido*."[66]

Para o autor espanhol, tal como para LARENZ, essa frustração pode ocorrer por meio de duas formas: (1) impossibilidade de alcançar o fim do contrato; (2) obtenção do fim por meios diversos do contratado.[67]

5.4 Requisitos da Frustração do Fim do Contrato

5.4.1 Contrato bilateral ou unilateral, de cunho patrimonial, comutativo ou aleatório, de execução diferida ou continuada

É nos contratos bilaterais que temos cada contratante ao mesmo tempo como credora e devedora, de sorte que aqui surgirá a discussão a respeito da parte não prejudicada pela frustração ainda poder exigir a prestação a que, em tese, faz jus, mas que, em decorrência de fato superveniente, é objeto de um contrato cujo sentido se perdeu.

A comutatuvidade também é a seara propícia à frustração do fim porque tendo as prestações sido definidas, cada contratante sabe o que esperar do outro e o que esperar do negócio em si, sem ficar na dependência de conhecer se as vantagens esperadas serão ou não obtidas, de modo que o fim do negócio materializa-se com mais facilidade, sem custo ou esforço. De todo modo, nada impedirá a caracterização da frustração do contrato em contratos aleatórios se o evento superveniente estiver fora da álea do contrato ou, ainda, se houver demonstração de que os riscos (ou a sua real extensão) não foram corretamente informados.

A execução diferida ou continuada é essencial para a incidência da frustração do fim porque é exatamente do fato de a execução protrair-se no tempo que sujeita os negócios à alteração das circunstâncias, fato necessário para que a frustração ocorra.

---

65 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 151.

66 ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración*..., p. 162.

67 ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración*..., p. 202-203.

5.4.2 Finalidade integrar o conteúdo do contrato

O fim do contrato é o interesse, o resultado prático que se espera seja produzido com os efeitos do contrato, conhecido e aceito por ambos os contratantes, e que se extrai do próprio contrato ou a partir de um juízo articulado de boa-fé. Assim, em um contrato de transporte escolar, por exemplo, as prestações são, de um lado, o ato de transportar o aluno, e, de outro, o ato de pagar pelo transporte. O resultado prático, conhecido e esperado por ambos os contratantes com a contratação, é de que o aluno seja transportado para ter aulas ou após tê-las assistido. Não se trata de motivo, este de caráter íntimo e subjetivo[68]. Se a família quer que o filho use a van porque estão temporariamente sem carro ou porque esperam oportunizar mais uma forma de socialização com outras crianças, isso não se trata de finalidade do contrato, mas de mero motivo íntimo de uma das partes. Desse modo, não pode a família pretender a resolução e a restituição parcial do valor pago porque o carro foi consertado ou porque o filho já se socializou bastante ou porque a van não tem outros passageiros além do filho. Frustra-se, nesse caso, o motivo da contratação. Do mesmo modo, se uma pessoa celebra uma compra e venda de um terreno para construir uma casa para morar no interior com sua esposa após eles se aposentarem, o fato de o casal não ter dinheiro para construir a casa não legitima resolver o contrato de compra e venda do imóvel. Por outro lado, a oferta de aluguel de um imóvel em local estratégico para permitir assistir a um show autoriza a resolução do contrato caso o show seja cancelado. O fim é *"para o que"* se destina a contratação, enquanto o motivo é *"o porquê"* ela foi celebrada.

Na teoria da causa, o fim do negócio jurídico é a causa concreta do negócio jurídico[69], "o fim objetivo do contrato, ou seja, o fim comum, e não o individual, de cada contratante, que se integra e se revela no próprio contrato"[70]. Segundo as precisas palavras de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO "*a causa concreta é, na verdade, o 'fim do negócio jurídico'. Esta é a melhor expressão. É importante que os juristas se dêem conta do fim último. Tem ele diversas funções: a) se ilícito, é, por ele, que se pode decidir pela nulidade dos negócios jurídicos simulados, fraudulentos, etc., como já dissemos; b) se se torna impossível, o negócio deve ser considerado ineficaz; ele explica, então, algumas das situações em que, há*

---

68 Ao dissertar acerca dos requisitos de regularidade do negócio jurídico expostos por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o professor DEL NERO expõe que existem os requisitos relacionados com o fim da declaração, "entendido por 'fim da declaração' ou 'fim do negócio jurídico' — a que corresponde um dos vários sentidos da expressão 'causa do negócio jurídico' — o resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos, dele decorrentes, se concretizassem; não é fim do negócio jurídico, pois, o que as partes pretenderam (motivos psicológicos), nem mesmo os efeitos que resultam diretamente do negócio, eis que estes ficam aquém do fim propriamente dito" (DEL NERO, João Alberto Schützer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88).

69 Para os italianos, o fim é a função-concreta ou função econômico-individual do contrato. O desenvolvimento deste raciocínio é encontrado nas p. 262-268 de sua obra (BESSONE, Mario. *Adempimento*..., cit.).

70 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico...)*, p. 129.

algum tempo, autores alemães vêm tentando cobrir com diversas teorias (teoria da pressuposição, de Windscheid; teoria da base do negócio, de Oertmann; teoria da base do negócio, de Larenz); c) é ainda o fim último que explica a pós-eficácia das obrigações; d) serve, finalmente, para interpretar corretamente o negócio realizado pelos declarantes."[71]

Consoante ensina PONTES DE MIRANDA, *"todo querer é querer de resultado e de maneira: (...)"*, de forma que todos os negócios jurídicos possuem uma causa concreta, uma finalidade.[72]

O fim do negócio colore o quadro contratual, dá vida e sentido às atribuições patrimoniais que o contrato estabelece, *"dá a medida da intensidade dos deveres secundários (...). Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição patrimonial de que necessariamente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um 'plus' que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. (...) O 'plus' que integra o fim do negócio jurídico pode surgir, imediatamente, da atividade da pessoa com quem se contrata. De qualquer modo, trata-se de certeza objetiva, o que não ocorre com os motivos a que alude o art. 90 do Código Civil, de natureza meramente subjetiva"*.[73]

Não se trata de elemento arbitrário, um conceito-surpresa, uma incógnita contra os quais os defensores de uma falsa segurança jurídica irão se valer para evitar que o negócio — geralmente por eles disposto — venha a ser declarado ineficaz a partir de um determinado momento porque não atende mais à finalidade à qual se propunha. Segurança jurídica é ter a certeza de que o contrato que se celebra hoje em determinadas bases e com um dado fim — que é decisivo, conhecido e relevante para ambas as partes — não será exigido caso ocorra uma transformação das circunstâncias que acarrete a perda de sua razão de ser. Tal possibilidade não é restrita a somente um dos contratantes, mas a todos eles, na medida em que qualquer um está sujeito à frustração do fim da contratação.A finalidade contratual é o ponto de equilíbrio entre a causa (no sentido de causa objetiva dos italianos, ou causa abstrata)[74] e o motivo[75] , sendo definido por

---

71 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico ...)*, p. 129.

72 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, t. LVI, p. 375.

73 COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação*..., p. 40-41

74 Na doutrina italiana, a causa objetiva é entendida como a função econômico-social que o tipo contratual possui, ou seja, a razão abstrata que justifica a prestação e a contraprestação, o que é padrão para cada tipo de contrato. Por isso, o fim do contrato, para os italianos, é a função concreta: "*Più esattamente, in questa ipotesi non rimarrebe che constatare come il concetto di causa respecchi solo in astratto la ragione giustifica- tiva dello scambio, mentre una correta amministrazione del rapporto contrattuale esige che volta a volta si guardi al conflito degli interessi che vengono concretamente in gioco: in questo senso, riescono quanto mai persuasive le osservazioni della recente dottrina che traduce il pro- blema dell'apprezzamento di circostanze incompatibili con i presuposti del contratto in una questione di controllo sulla «funzione concreta» dello scambio: Cataudella. Op. cit., p. 344 ss*." (BESSONE, Mario. *Adempi- mento*..., p. 268, nota de rodapé 110).

75 ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración*..., p. 181.

ESPERT SANZ como o propósito para que serve o contrato na vida real dos contratantes: "*(...) el fin del contrato a efectos de la teoría de la frustración de su fin es «el propósito práctico y básico a que la parte acreedora de la prestación más específica, menos fungible, va aplicar dicha prestación, cuando el propósito es conocido y aceptado por la otra parte, o al menos no rechazado*»".[76]

A finalidade que interessa e dá margem à aplicação da frustração do fim do contrato é de ordem objetiva, assim entendida a finalidade de um dos contratantes que é tomada pelo outro como sua, ou seja, que é considerada por ambos os contratantes como relevante e apta a impactar na eficácia da contratação. Quando a finalidade é tomada por ambos os contratantes, diz-se que ela integra o próprio conteúdo do contrato porque as partes partilham o risco de sua não consecução. É a finalidade objetiva, que segundo LARENZ, "*es la finalidad de una parte se la otra hizo suya. Esto ha de admitirse especialmente cuando tal finalidad se deduzca de la naturaleza del contrato y cuando la ha determinado el contenido de la prestación o la cuantía de la contraprestación*"[77].

O móvel ou o motivo é algo subjetivo irrelevante e remoto, porquanto permaneceu na esfera interna de cada contratante e não chegou a ser revelado ou manifestado expressamente, nem se pode, tampouco, induzir a sua existência. Já o fim do contrato, enquanto resultado empírico pretendido ou conjunto de representações mentais das metas que se aspira, ou é comum a ambos os contratantes ou, sendo peculiar e particular de somente um deles, foi por este revelado ou manifestado ao outro, que o conheceu e tomou ciência do caráter essencial ou básico que tinha a consecução de tal resultado.

Buscando aclarar ainda mais a ideia de fim do contrato, DÍEZ PICAZO enuncia que deve ser entendido como "*el propósito a que el contrato sirve dentro de la vida real, es decir, el resultado empírico o prático que en orden a los propios y peculiares intereses se pretende alcanzar*".[78]

O fim, portanto, ao qual se refere a teoria da frustração do fim do contrato é aquele de cunho objetivo, o que significa que se extrai, retira-se do próprio contrato, seja porque está expresso[79], seja porque se deduz de sua própria natureza, tendo-se sempre em conta que *"a finalidade de um dos contratantes que o outro admitiu é objetiva (= subjetiva comum)"*.[80] Nesse momento, o fim

76 ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración*..., p.187.

77 *Base*..., p. 159.

78 DÍEZ PICAZO, Luis. Prólogo à obra de Vicente Espert Sanz. *Frustración del fin del contrato*, p. 10.

79 Cabendo verificar, caso a caso, a partir da interpretação do contrato, se as partes trataram o fim como integrante da própria prestação, o que poderá impor a aplicação do regime da impossibilidade superveniente da prestação na hipótese de não ser mais possível atingir o fim do contrato: "Saber se há ou não acordo quanto ao fim é uma questão que só pode ser esclarecida através da interpretação do contrato (cf. artigos 236.º e ss) (...)" (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade*..., p. 364).

80 PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, t. XXV, p. 257. MOTA PINTO, citando Manuel de Andrade (que, por sua vez, apoia-se em LEHMANN), defende que a pressuposição deficiente só é relevante quando conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da conclusão do negócio e desde que esta, se lhe tivesse sido proposto o condicionamento do negócio à verificação da circunstância

passa a integrar o conteúdo do contrato, ou seja, o "complexo de todos os elementos do contrato, *do comportamento negocial ao resultado potencial*".[81]

No Direito brasileiro, distingue-se o objeto do conteúdo do contrato, o que lança as bases para verificar, sob mais outro enfoque – a distinção entre os casos de impossibilidade e de frustração do fim do contrato em nosso ordenamento jurídico[82]. O fim não faz parte do objeto do contrato, pois este envolve apenas o *"conjunto de atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes (...)"*.[83]

O objeto tem uma característica estática e representa o molde que delimita as fronteiras das obrigações e dos direitos de cada um dos contratantes; consiste naquilo que as partes devem fazer, e não naquilo para o que se destina a sua atuação. A finalidade do contrato não integra, assim, o seu objeto[84]. Já o conteúdo é mais dinâmico, volátil e agrega a finalidade, variando com muito mais frequência do que o objeto dos contratos. É o objeto

---

pressuposta, tivesse aceitado tal pretensão — ou deveria ter aceitado, segundo a boa-fé (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 601). Nesse mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 276).

81 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 56.

82 O tema é bastante difícil, a ponto de ser qualificado como "o principal desafio à dogmática jurídica" na atualidade (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade*..., p. 348). Além de razões históricas e conceituais, a dificuldade advém porque alguns ordenamentos jurídicos preveem que a análise da impossibilidade da prestação deve ser feita levando em conta a finalidade, como ocorre no art. 792 do Código Civil português, que assim dispõe: "Art. 792 (1). Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. (2). A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor." Nesses ordenamentos é mais intuitivo alargar o conceito de prestação para abranger não só a atividade (prestação-atividade), mas também o resultado (prestação-resultado) justamente por conta da bem desenvolvida disciplina para a impossibilidade (a respeito, vide PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos. Perturbações na execução.* Almedina, 2019, p. 13-69). No Brasil, o regime da impossibilidade é bastante pobre em comparação a Portugal, Itália e Alemanha, nos quais, por exemplo, tutela-se a impossibilidade temporária. Aqui em nosso país, a impossibilidade temporária é admitida como construção doutrinária, apta a excluir a mora (Cf. FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 178). Se, por um lado, o alargamento do conceito de prestação para nele abarcar também o resultado simplifica a análise do operador do Direito, o regime de consequências para a impossibilidade em nosso Código Civil é binário, alocando o risco para uma das partes, em especial pautado pelo princípio de que a coisa perece para o dono. Ademais, quando o Código Civil brasileiro disciplina a impossibilidade, refere-se à definitiva. O fato é que a finalidade contratual, o resultado esperado com o contrato, é um elemento exterior à prestação, mas que, de fato, as partes podem, mediante ajuste, a ela acoplar, trazendo o regime da impossibilidade para tutelar essas situações. A inclusão do fim do contrato dentro do seu objeto, no entanto, deixa sem explicação por qual razão o Código Civil previu, em incisos distintos do art. 166, a ilicitude do objeto e a ilicitude da finalidade como causas de nulidade dos negócios jurídicos. O tema é rico e demanda debates e estudos.

83 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 56.

84 Oportunas para aclarar o tema são as lições de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, segundo o qual "deve-se assinalar que a relação obrigacional está colimada a proporcionar ao credor um certo bem ou utilidade — uma certa satisfação de interesses. Isso, porém, não constitui propriamente o seu objecto, mas o seu escopo; não é um elemento da sua estrutura, mas um quid exterior — a sua função. Entretanto, não deixa de ter certa relevância jurídica: assim, na doutrina do adimplemento por terceiro (art. 747) e na da consecução do escopo (Zweckerreichung: HARTMANN) e do desaparecimento do interesse do credor, como causas extintivas da obrigação." (*Teoria geral das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1966, p. 154).

em movimento, movendo-se a algum destino. ORLANDO GOMES ensina que *"a causa se confundiria com o objeto do contrato se a noção do objeto se confundisse com a de conteúdo, como tal se entendendo, com Betti, o complexo de todos os elementos do contrato, do comportamento negocial ao resultado potencial. Se objeto do contrato fosse tudo isso e abrangesse até a causa final, nele entraria toda modificação da situação jurídico-negocial que deriva do contrato, e, assim, tudo estaria compreendido no elemento objetivo."*[85]

Se o fim integrasse o objeto do contrato, não haveria razão para a lei separar a nulidade por objeto ilícito (CC, art. 166, II) da nulidade do negócio que tenha por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, VI). Bastaria prever a nulidade por objeto ilícito para abarcar a ilicitude do fim almejado pelas partes. Essa, no entanto, não foi a opção do Código Civil. Pode ocorrer de as prestações serem lícitas, mas o fim a que visam ser ilícito, o que, tecnicamente, não conduziria à nulidade por força da ilicitude do objeto, mas sim ilicitude do objetivo visado[86].

O fim do contrato é de extrema relevância nos negócios jurídicos, pois é um **fator de eficácia do contrato**[87]. Dessa forma, uma vez impossibilitado o fim do contrato, teremos uma situação de ineficácia do negócio jurídico, podendo conduzir à resolução ou, em alguns casos, à revisão do ajuste.

Os casos da coroação oferecem exemplos úteis para avaliar se o fim do contrato passou a integrar o conteúdo do negócio jurídico.

Em *Krell v. Henry*, a locação tinha por objeto[88] as janelas pelas quais poderia ser visto o desfile da coroação (fim), mas tal finalidade não ficou expressa no contrato. Todavia, pelos termos do ajuste e das circunstâncias que circundavam a contratação (modo da oferta, localização do imóvel, data da locação, período

---

85 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 56.

86 O instituto da fundação é um bom exemplo para mostrar a segregação do fim e do objeto dos negócios jurídicos. A finalidade da fundação, necessária para a sua constituição (art. 62 do Código Civil) e cuja manutenção é essencial para a sua continuidade (art. 69 do Código Civil), consiste nos objetivos morais, culturais ou religiosos ou de assistência para os quais ela foi instituída. O objeto da fundação, por outro lado, reside nas atividades que ela desempenha para a consecução de sua finalidade. No campo do Direito Societário também se verifica a mesma situação com os conceitos e objeto social e de fim social da Sociedade, sendo aquele o conjunto de atividades que a empresa propõe-se a desempenhar: prestar serviços jurídicos de advocacia, comprar e vender produtos para escritório, importação e exportação de veículos, etc. O fim social, por sua vez, é aquilo que se objetiva com o desenvolvimento das atividades do objeto social, geralmente, o lucro, filantropia, aprimoramento da cultura, entre outros.

87 "El fin peculiar del contrato es todavía relevante, incluso enérgica- mente relevante en la eficacia del contrato. Sin tenerlo en cuenta nos exponemos a caer en el literalismo de la contratación" (ESPERT SANZ, Vicente. La frustración..., p. 181).

88 Referimo-nos aqui ao objeto da obrigação, que é a prestação debitória. Tradicionalmente, distingue-se o objeto imediato e o mediato da obrigação, sendo aquele "a actividade ou conduta a que o devedor se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor" e este "a coisa ou facto (positivo ou negativo) que deve ser prestado. Em uma palavra trata-se, respectivamente, da prestação em si e do próprio objecto da prestação" (ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*, p. 121-122). Ver, ainda, ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações.* Coimbra: Almedina, 1966, p. 153. No caso, "locar" é o objeto imediato da obrigação e as "janelas" são o objeto mediato.

de duração), estava evidente que tanto o locador como o locatário levaram em conta que aquela locação era para ver o desfile do rei, não sendo um simples motivo. Por isso, autorizou-se a resolução do contrato de locação diante do cancelamento do desfile.

No caso *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*, por sua vez, ficaria mais difícil enquadrar a observação da coroação e da consequente revista naval como a finalidade do contrato, pois as embarcações eram locadas usualmente a qualquer interessado independentemente se a finalidade fosse um passeio, a exploração submarina, ou outro qualquer. Desse modo, as circunstâncias não permitiam deduzir do contrato em si a finalidade alegada por *Hutton*.

O resultado prático, a utilidade que o contrato tem para os contratantes, tempera a causa típica (=causa abstrata), dando-lhe o sabor e a concretude da realidade.

Na medida em que os fins passam a ser de conhecimento da outra parte, que os aceita ou os toma em consideração, eles passam a integrar o conteúdo do contrato. Não ficamos estritamente no campo subjetivo, tal qual ocorre com os motivos. Isso não significa, contudo, que uma vez definido que a finalidade do contrato integrou o conteúdo do negócio e que não é mais possível alcançá-la, teremos como consequência inevitável a ineficácia, pois o esquema de distribuição dos riscos pode ter sido engendrado de forma que o risco da frustração do fim seja suportado por apenas um dos contratantes. Teremos, pois, duas etapas: a) verificar se a finalidade integrou o conteúdo do contrato; b) analisar a distribuição do risco da impossibilidade de consecução do fim do contrato.

É importante destacar que a finalidade não precisa estar expressa no contrato para que integre o conteúdo do contrato. Consoante a precisa lição de RUY ROSADO DE AGUIAR, "*não é necessário que o fim do contrato esteja nele expresso, mas a partir do regramento do próprio negócio e das circunstâncias que circundam a declaração negocial — e nela se consubstancia (Código Civil, art. 112) — pode-se perfeitamente extraí-lo*." O saudoso Ministro dizia que *"o próprio contrato, pela natureza das prestações pactuadas, das condições das partes, das demais cláusulas e condições que involucram o negócio, fornece elementos objetivos seguros para a formulação de um juízo sobre a força e os efeitos da modificação superveniente em relação ao contrato, quanto à equivalência e ao seu escopo natural. Para isso, não há que recorrer à vontade presumida das partes, perquirindo sobre as cláusulas que teriam redigido se conhecessem a atual realidade, seja para modificar as recíprocas obrigações, seja para estipular cláusula resolutória, porquanto, assim como a lesão enorme atua sobre o contrato independentemente da vontade do lesado até contra ela, como é do nosso Direito, assim também a apreciação dos efeitos modificadores sobre o contrato há de se fazer tendo em vista os elementos objetivos que dele se possam extrair"*.[89]

89 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução).* Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 150-151.

Nesse mesmo sentido, BESSONE enfatiza que *"a demonstração que uma certa expectativa constitui somente um motivo inapreciável da decisão econômica resulta de uma avaliação do conflito dos interesses em jogo em termos de custo e de risco, não já da constatação da falta de identificação desta com a função econômico-social do contrato ou do silêncio de suas cláusulas"*[90].

Da natureza do contrato e de suas estipulações consegue-se buscar a finalidade, o objetivo da contratação, sem adentrar na área dos motivos, e saber se ela foi levada em conta por ambos os contratantes, de modo que tenha passado a integrar o conteúdo do negócio. Do mesmo modo, o fato de a finalidade ser conhecida por ambas as partes não significa que tenha sido tomada em consideração por ambos os contratantes para que partilhem o risco de sua não consecução.

Se alguém aluga um camarote na Marquês de Sapucaí durante o carnaval e não refere no contrato que a finalidade da locação é assistir aos desfiles das escolas de samba, não significa que esta finalidade não seja interpretada como sendo comum a ambos os contratantes, seja pelas datas e horários da locação, seja pelos preços pagos. Nesse contexto, também deve ser verificado se, dentro da normalidade, incluem-se outras finalidades para o mesmo contrato. Isso é importante porque: a) pode esclarecer se o fim frustrado importará a afetação do negócio como um todo ou apenas parcialmente, mantendo-se na parte não frustrada; b) pode determinar se essa finalidade foi tomada em consideração — foi relevante — por ambas as partes. O caso *Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton* demonstrou que a normalidade era o arrendamento dos barcos para passeios pelas ilhas locais, de sorte que a finalidade de observar a revista naval não foi levada em consideração pelo arrendador. O fato de não se cobrar um preço mais elevado na data da realização da revista naval também induz a essa conclusão.

O preço, em conjunto com a normalidade, também auxilia nessa tarefa. Assim, se o preço de mercado de terrenos para edificação de prédios comerciais é "y" por metro quadrado, a finalidade de edificação pode integrar o conteúdo do contrato, mesmo que não explicitada. Já o preço abaixo do mercado pode significar que a finalidade de edificação não integrou o conteúdo do contrato ou que era risco do comprador.

Existia no Brasil uma companhia aérea chamada "BRA", que praticava preços bem inferiores à média do mercado, o que se justifica pelo fato de os voos poderem sofrer alterações de datas ou horários de partida, obrigando o passageiro a ligar para a companhia aérea com 24 horas de antecedência à data estipulada para o embarque para confirmar o seu voo. Trata-se de um exemplo típico em que o preço ajustado importa uma diferente distribuição dos riscos, assumindo o passageiro o risco do atraso ou da alteração da data do voo.

---

90 BESSONE, Mario. *Adempimento...*, p. 279.

O tipo contratual escolhido também pode auxiliar o intérprete para verificar se a finalidade integrou o conteúdo, eis que cada tipo contratual implica uma certa distribuição dos riscos entre os contratantes[91].

Alguns indicadores objetivos são úteis para analisar se a finalidade do contrato integra o seu conteúdo, tais como a normalidade (usos e costumes cotidianos) das contratações, o preço e o tipo contratual escolhido.

A verificação da finalidade e de sua integração ao conteúdo do contrato com o auxílio dos critérios da normalidade, do preço de mercado e do tipo contratual deve ser feita, ainda — e sempre —, tendo em conta o princípio da boa-fé. Nessa medida, deve ser avaliado se, a partir de um comportamento padrão de conduta, poder-se-ia afirmar que o co-contratante conheceu ou deveria ter conhecido o propósito prático do contrato, tomando-o igualmente como seu. Não recorremos, pois, à representação das partes, mas ao contrato e às circunstâncias que existem em torno dele. O ponto de partida deve ser sempre o contrato, em respeito à autonomia privada e para oferecer uma solução pouco coerente com o conflito de interesses em jogo. Se ele já tem informações suficientes para deduzirmos se a finalidade integrou ou não o seu conteúdo, podemos encerrar a tarefa de verificação; mas, se ainda houver dúvidas, devemos recorrer às circunstâncias do negócio (comportamento dos contratantes, tempo e lugar da contratação, ambiente social, político e econômico da época, negociações preliminares, outras possíveis finalidades que poderiam ser visadas com o mesmo negócio, etc.), atentando para os critérios da normalidade, do preço e do tipo de contrato escolhido. Em verdade, esses critérios tornam a aplicação da cláusula geral de boa-fé menos abstrata e vaga, proporcionando uma segurança maior.

O recurso à cláusula geral da boa-fé está plenamente legitimado pelo art. 113 do Código Civil (temperado pelo art. 421-A do mesmo Código Civil) e pelo art. 4°, III, da Lei n. 8.078/90,396 evitando quaisquer dúvidas a respeito de sua utilização para avaliar os interesses em jogo e sua integração ao conteúdo do negócio.

Na verdade, os critérios de normalidade, preço e tipo contratual formam uma espécie de estrutura de freios e contrapesos ao juízo de boa-fé objetiva, que o torna mais articulado, racional e atrelado à economia do negócio específico, segundo a formatação dada pelos contratantes.

A partir do exposto, podemos dizer que, para efeitos da frustração do fim do contrato, deve-se entender por finalidade que integra o conteúdo do contrato o interesse, o resultado prático ou a função (concreta) que se extrai do negócio jurídico, relevante e conhecida por ambos os contratantes, ou que, de acordo com um juízo de boa-fé, articulado com o uso dos critérios da normalidade, preço e tipo contratual, razoavelmente se possa dizer que deveria

91 BESSONE, Mario. *Adempimento...*, p. 350.

ter sido considerada relevante e conhecida por ambos, tendo em conta o tipo de negócio celebrado e as circunstâncias que pontuavam a sua celebração.

5.4.3 Perda do sentido ou razão de ser do contrato pela impossibilidade de se atingir o seu fim

A frustração do fim do contrato pode ocorrer de duas formas: (i) impossibilidade de alcançar o fim do contrato; ou (ii) obtenção do fim por meios diversos dos estabelecidos no contrato.

Os casos mais típicos de frustração são os de impossibilidade de alcançar o fim do contrato. Algumas hipóteses de exemplos atuais podem ser imaginadas: (i) transporte rotineiro de insumos para uma indústria que não pode mais operar temporariamente por conta das restrições ao funcionamento decorrentes da COVID-19; (ii) transporte escolar de alunos cuja escola não está em funcionamento por conta do isolamento social imposto pela COVID-19; (iii) locação de espaço para realizar um evento (reuniões, show, palestra, etc.) que não pode mais ser feito em razão da proibição de aglomeração de pessoas decorrente da pandemia da COVID-19; (iv) fornecimento de insumos para uma rede de restaurantes que está impossibilitada de atender clientes em suas lojas por conta das restrições governamentais decorrentes da COVID-19; (vi) Contrato take or pay para o fornecimento de produtos a uma indústria que não pode operar por determinação governamental decorrente da COVID-19.

Curiosamente, no passado, exemplos semelhantes ao que hoje vivemos já haviam sido analisados por LARENZ.

O primeiro deles refere-se ao arrendamento de um posto de gasolina pouco antes da Primeira Grande Guerra, o qual não pôde ser explorado em razão do controle estatal dos combustíveis por ocasião do início da guerra. O posto não tinha outra finalidade senão a venda de combustíveis. O Tribunal julgou o caso a favor do arrendatário, fundamentando que, se o uso para o qual foi feito o arrendamento resulta impossível em absoluto (não só para o arrendatário em razão de circunstâncias extraordinárias alheias a este), o prejuízo corre por conta do arrendador. Registramos que o cumprimento do arrendamento até era possível, mas a finalidade para a qual se destinava restou impossibilitada. Caso diverso ocorreria se o arrendamento de postos de gasolina fosse vedado pelo governo, hipótese na qual estaríamos diante de um caso de impossibilidade da prestação.

O outro exemplo é o do arrendamento de uma parede de uma casa para instalar um luminoso, o que não foi possível por terem sido adotadas medidas de escurecimento na cidade em função da guerra. LARENZ analisa o caso dizendo que a prestação do arrendador era possível e que não se poderia dizer que a parede tinha um vício pela falta de aptidão para o fim perseguido. A possibilidade de instalar o luminoso e de o anúncio ser visto eram a base do

contrato, cuja perda fez que o contrato perdesse o seu sentido. A finalidade do arrendamento — ter um anúncio visível às pessoas à noite — não podia mais ser atingida.

Situação semelhante ocorreu na cidade de São Paulo, com a chamada "Lei Cidade Limpa" (Lei Municipal nº 14.223/06 e Decreto nº 47.950/06), pela qual foram proibidos *outdoors*, anúncios luminosos e regulamentou-se as características que os anúncios podem ter (tamanho, área total, entre outros), tudo com vistas ao combate da poluição visual.

É citado, ainda, o arrendamento de uma loja comercial situada no passeio da praia de Borkum, que perdeu seu valor pela proibição de uso da praia e pela redução da afluência de viajantes à ilha de Borkum em virtude da guerra. Em casos como esse, não é o propósito de utilização que resulta inatingível, mas a finalidade contida no conteúdo do contrato.

A obtenção do fim por meio diverso do contratado leva, na maioria das vezes, à uma situação de impossibilidade da prestação e não propriamente de frustração do fim do contrato, pois o que ocorre é a perda do substrato da prestação, ou seja, da pessoa ou coisa na qual a prestação seria executada[92].

Vejamos os exemplos mais clássicos: a) o rebocador é contratado para desencalhar um navio que desencalha sozinho com a alta da maré; b) o médico que é contratado para fazer uma fertilização em uma mulher que acaba ficando grávida antes de ser executada a prestação do médico; c) o professor de música cujo aluno ficou surdo em um acidente; d) a pintura da abóbada da igreja e a instalação de uma porta nova em uma igreja que foi destruída na guerra.

É impossível desencalhar um navio que não mais está encalhado, assim como é impossível fazer o tratamento de gravidez em uma mulher que está grávida. Ensinar música ao aluno que ensurdeceu[93] e pintar a abóbada de uma igreja destruída também são prestações impossíveis. Não se trata de frustração do fim do contrato, mas de impossibilidade superveniente da prestação sem culpa do devedor.

RUY ROSADO comunga desse entendimento ao explicar que "*a impossibilidade definitiva é a que inviabiliza para sempre a prestação ou que somente pode ser prestada me- diante esforço extraordinário. O cumprimento de obrigação específica é impossível sempre que a coisa devida desapareça ou não mais esteja à disposição do devedor. A genérica, de sua vez, sempre é possível enquanto houver o gênero, ainda que não esteja eventualmente no patrimônio do devedor. A simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade. É o caso*

92 Esse entendimento é endossado por CATARINA MONTEIRO PIRES, cf. apontado na nota de rodapé n. 65.

93 O exemplo deve ser tomado na acepção genérica, pois há sim aulas de música para deficientes auditivos, que podem senti-la por vibrações.

de impossibilidade superveniente a frustração dos efeitos da prestação, ainda que possível, quando o credor já não pode mais recebê-la (exemplo: paciente que falece antes da cirurgia, navio que afunda antes de ser desencalhado) ou teve de outro modo satisfeito o seu interesse (o paciente se recupera antes da operação ou o navio é desencalhado pela força da maré)"[94].

Parece-nos que o critério para sabermos se, diante da consecução da finalidade por forma diversa da contratada, estamos frente a um caso de impossibilidade ou de frustração do fim do contrato, devemos avaliar se o ato de prestar em si depende do estado do credor ou do estado da coisa na qual a prestação será realizada. Por um lado, para desencalhar, precisa estar encalhado; para consertar, é necessário que esteja estragado; para ensinar música, é preciso a audição. Nesses casos, *"existe um obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica"*[95]; a prestação não pode ser feita sem um determinado estado das coisas.

Nesses casos de consecução do fim por caminho diferente daquele previsto no contrato observamos que nos aproximamos muito das hipóteses de impossibilidade superveniente inimputável da prestação, normalmente tuteladas pelos Códigos Civis, a exemplo do que ocorre no Brasil nos arts. 234, 238 (obrigações de dar), 248 (obrigação de fazer) e 250 (obrigação de não-fazer).

5.4.4 Evento posterior à contratação que não estava dentro da álea do contrato e era alheio à atuação culposa das partes

O fato superveniente deve apresentar as seguintes características:

a) ser posterior à contratação;

b) não estar incluído na álea do contrato, ou seja, não fazer parte do risco do contrato assumido por uma das partes: a tônica estará sempre no modo da repartição dos riscos entre os contratantes. É necessário descobrir se algum deles assumiu o risco da alteração das circunstâncias que importasse a impossibilidade de atingir o fim do contrato. Nessa tarefa, são de grande valia, além da qualificação dos contratantes, os mesmos instrumentos citados para analisar se a finalidade passou a ser conteúdo do contrato, que são suportes para o juízo de boa-fé a ser realizado: valor de mercado, tipo contratual escolhido, normalidade das contratações. As regras do tipo contratual, por exemplo, podem revelar que certos riscos são imputados a um dos contratantes, pois são, na classificação tradicional, *naturalia negotii*. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 492 e o art. 611, ambos do Código Civil, prevendo regras claras sobre quem suporta os riscos

94 *Extinção*..., p. 99-100. Assim também pensa ANTUNES VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1999, v. II, p. 77-78.

95 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção*..., p. 96.

do negócio em determinadas situações. E se, mesmo lançando mão desses critérios mais objetivos que tornam a solução segura e mais próxima do ato de autonomia privada (e, portanto, da realidade da contratação), em conjunto com a técnica da boa-fé, permanecer a dúvida, deve-se recorrer às circunstâncias da contratação como um guia para encontrar a direção correta a seguir e fornecer a solução mais adequada ao caso concreto. Nesse sentido é o pensamento de FLUME[96];

c) ser alheio à vontade do contratante, ou seja, não ter sido causado culposamente ou em decorrência de sua mora;

d) imprevisibilidade (fato deve ser inesperado): o fato deve ser imprevisível ou, se previsível, ao menos, de consequências imprevistas ou inesperadas;

e) inexistência de mora do contratante frustrado: é decorrência do art. 399 do Código Civil,[97] devendo se atentar para a parte final do artigo (prova de que dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada).

5.5 Bases Legais da Frustração do Fim do Contrato no Brasil

A frustração do fim do contrato tem fundamento nos artigos 113, 421 e 422 do Código Civil.

Já referimos que a finalidade apta a gerar a frustração do fim do contrato é aquela comum a ambos os contratantes, assim entendida como aquele resultado, proveito ou utilidade tomados em consideração por ambas as partes e, por isso, relevante ao negócio jurídico.

O Código Civil tem uma série de dispositivos legais destacando a importância da finalidade[98]. A norma mais importante que prova o destaque que a finalidade dos negócios jurídicos adquiriu após a edição do novo Código Civil é a do art. 421, segundo a qual *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."*

O art. 421 do Código Civil, em conjunto com o art. 187 do mesmo diploma legal, indica que a nossa ordem jurídica não se compatibiliza com o exercício irresponsável dos direitos subjetivos. Trata-se do movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, entendendo-se que "*os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo que se*

---

96 FLUME, Werner. *El negocio*..., p. 621. *Vide* Capítulo II, item 9.3.

97 "Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada."

98 Para um apanhado geral, vide COGO, Rodrigo Barreto. *A Frustração*..., p. 311/317.

alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (direito-função)"[99].

A exigência de um comportamento conforme a função social do contrato é uma ideia incompleta, aberta e de grande vagueza semântica, uma vez que se trata de uma cláusula geral cujo regramento será preenchido no caso concreto, exigindo que o *"juiz concorra ativamente para a formulação da norma"*.[100] A função adquire *status* de limitadora do exercício do ato de formatar o conteúdo do contrato, mas deve atuar também durante todo o iter contratual. Isso significa que o negócio deve permanecer dotado de função até o seu exaurimento.

Esse parece ser, também, o pensamento de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ao defender que *"a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no* ***momento inicial*** *do contrato (a isso responde a teoria das nulidades), e sim, no* ***momento posterior****, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a* ***liberdade*** *de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao* ***desenvolvimento*** *dessa iniciativa."*[101]Isso justifica-se pelo fato de que uma das principais utilidades do fim é funcionar como *"fator de manutenção da eficácia"*[102], o que ampara e justifica a frustração do fim do contrato.

Além de uma função proibitiva-negativa, de limitação ao exercício de direitos, a função social deve representar também uma ideia de ação positiva, de postura proativa, de construção, de criação de comportamentos positivos, o que parece ser a ideia de JUDITH MARTINS- COSTA quando sustenta que a função social possui um "*valor operativo, regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a concreção especificativa da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e a doutrina no apontar de exemplos*."[103]

Ao analisar uma verba de contingência temporária que havia se tornado definitiva no âmbito de um contrato de consórcio por conta da superveniente criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, ANTONIO JUNQUEIRA

---

99 ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações...*, p. 62.

100 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Pau- lo: RT, 1999, p.326.

101 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Parecer não publicado, p. 43.

102 SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e para- contratuais* (uma análise à luz da teoria da causa). 2001. Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 98 e 136.

103 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 354. Parece compartilhar esse pensamento EROS ROBERTO GRAU (*Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 255).

DE AZEVEDO concluiu que o contrato cujo fim não pode mais ser atingido pode ser resolvido por falta de função social[104].

O contrato que se torna estéril, sem sentido ou inútil, por não se poder mais atingir a sua finalidade, revela-se um negócio que não atende à função social, visto que não permite mais que ele funcione como um instrumento de troca que proporcione a satisfação dos interesses dos contratantes, não sendo lícito exigir o seu cumprimento.

Essa afirmação alinha-se com a premissa de que a concretização da função social do contrato pode ser feita tanto em razão de um negócio jurídico que afete a coletividade (o que é mais comum em se tratando de contratos que acarretem prejuízos aos consumidores ou ao meio ambiente) ou, ainda, com relação a um contrato que está prejudicando um dos contratantes[105], entendida a função social como "função econômico-social concreta e objetiva do negócio"[106] (ou *inter partes*).

Conforme já expusemos ao longo deste artigo, a frustração do fim do contrato ganhou ainda mais força com a redação do novo art. 113, § 1º, III e

---

104 A conclusão está assim exposta: "53. Além de toda a argumentação já dada, não resta dúvida que, tomada em si, a '*contribuição de contingência*' se '**desnaturou'**; converteu-se em 'contribuição permanente'. A excessiva onerosidade da '*contribuição de contingência*' ressalta. (...) 55. O fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz. Entre os casos de frustração do fim do contrato, que agora encontram legalmente um 'lugar cômodo' sob a exigência da função social, estão os 'coronation cases' de Windscheid, quando, na Inglaterra, cidadãos que alugaram sacadas e terraços, para assistir a passagem do cortejo de Eduardo VII, se viram frustrados com o cancelamento do percurso das carruagens (mas as janelas e sacadas permaneceram à disposição); ou também o caso de Larenz, do artesão, que, na Alemanha, insistia em fazer a porta de igreja, já demolida por bombardeio aliado, porque o contrato havia sido assinado; e, assim, inúmeras outras situações em que, sem haver impossibilidade da prestação, o verdadeiro fim do contrato, conhecido das duas partes, já não pode ser atingido. Em todas essas hipóteses, o contrato, tornado inútil, deve ser resolvido por falta de função social. A impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contra- to constitui, a nosso ver, juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc.) e a lesão à dignidade da pessoa humana, os três casos em que a função social do contrato deve levar à ineficácia superveniente. 56. A perda de função social também pode ocorrer, como é natural, com cláusula do contrato. Ora, no caso concreto, a referida 'contribuição', passando de 'contingente' a permanente, **não mais corresponde à vontade das partes nem atinge o fim para o qual surgiu, que era o de responder a uma eventualidade.** Assim sendo, pensamos que a consulente deve, após seguir o 'caminho das pedras' da negociação e se não houver acordo, pleitear a revisão ou a resolução da cláusula de 'contribuição de contingência'. Deve também, o quanto antes, notificar suas parceiras da atual situação de ineficácia possível da citada cláusula e, para evitar maiores prejuízos, requerer, na arbitragem, a suspensão dos pagamentos mensais (não obtida, poderá pedir, na demanda de resolução, a devolução das 'contribuições' a partir da citação — e, talvez, a partir da notificação)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato*. Parecer não publicado. Elaborado em 15.06.2004, p. 42-44).

105 ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO defende que "este princípio [função social] difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social e harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumi- dor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (sobre esse ponto, estender-nos-emos adiante, porque é o caso das vendas das distribuidoras "atravessadoras", objeto da consulta)" (Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado — Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento — Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 116)

106 A expressão é de JUDITH MARTINS-COSTA (*A boa-fé...*, p. 446).

V do Código Civil, uma vez que o julgador deve atribuir ao negócio jurídico o sentido que "*corresponder à boa-fé*" e a "*qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração*."

Estes dois incisos albergam o que vimos sustentando. A partir de um juízo articulado de boa-fé (lastreado em um standard de comportamento), balizado pelas disposições do contrato, sua racionalidade econômica e pelas circunstâncias previstas no momento da contratação, o julgador define se a finalidade integrou o conteúdo do contrato, decidindo se ele pode ser resolvido ou, se possível, revisado caso seu fim reste frustrado.

Muito importante também a observação trazida pelo art. 421-A do Código Civil, alertando para a necessidade de se atentar para a distribuição dos riscos atribuída pelas partes no contrato.

Em dezembro de 2004, submetemos à Comissão de Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o enunciado n. 166, estabelecendo que a frustração do fim do contrato encontrava guarida no art. 421 do Código Civil. A redação original do Enunciado era a seguinte "*A frustração do fim do contrato, hipótese em que as prestações são plenamente exequíveis pelas partes e que não configura fattispecie de excessiva onerosidade, mas caso no qual o contrato perdeu a razão de ser, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação dos arts. 113, 421 e 422 do CC*.". Após os debates, a proposta foi aprovada por unanimidade, suprimindo-se do Enunciado as referências ao art. 113 e 422 do Código Civil, ficando o Enunciado com o seguinte texto[107]: *"A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.*"

A exclusão da referência aos arts. 113 e 422 do Código Civil não alterou o seu sentido, pois a referência a tais dispositivos foi – e é – feita com o objetivo de retratar que o recurso à boa-fé objetiva pode ser necessário para a aplicação da frustração do fim do contrato e não para dar-lhe amparo legal. O recurso à boa-fé objetiva será necessário em dois momentos: a) quando a finalidade não estiver expressa no contrato, o que requer uma interpretação integrativa do contrato com base na boa-fé objetiva e b) quando for necessário integrar o contrato com o regramento das consequências acarretadas pela frustração do seu fim.

107 A redação final ficou incumbida aos Professores ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, CLÁUDIA LIMA MARQUES, CLÁUDIO FORTUNATO MICHELON JUNIOR E LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA que, gentilmente, permitiram a minha participação da sua versão final.

Em sua função integrativa[108], a boa-fé objetiva atua como um instrumento útil para avaliar se, de acordo com um padrão de conduta leal e honesto – e sempre atento às disposições das partes, a racionalidade econômica e as circunstâncias presentes à data da contratação –, poderia ser dito que determinada finalidade integrou o conteúdo do contrato, ou seja, se foi conhecida e relevante – ou deveria ter sido – por ambas as partes. O mesmo papel aplica-se à análise dos riscos do contrato e à forma de sua distribuição.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA já apontava que *"o princípio da boa-fé contribui para determinar 'o que' e o 'como' da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da proteção"*[109].

JUDITH MARTINS-COSTA, por sua vez, elenca três funções ao princípio da boa-fé: (a) "cânone hermenêutico-integrativo", (b) "criadora de deveres jurídicos" e (c) "limite ao exercício de direitos subjetivos".[110] Como cânone hermenêutico-integrativo a boa-fé objetiva serve para especificar o sentido e o conteúdo do contrato, o que é realizado tendo em conta a premissa de que "os elementos de regulação e os conteúdos normativos constituídos pelos contratos — os quais infletem e são infletidos pela relação contratual — são perceptíveis não apenas a partir do aclaramento das declarações dos contratantes, mas, fundamentalmente, da interpretação da regulação objetiva criada com o contrato, o que significa, em última análise, que as situações não pensadas nem manifestadas pelas partes no momento da conclusão, não estando reguladas integralmente pelas declarações consideradas em particular, só podem ser inferidas do módulo contratual considerado como regulação vigente quando do sentido total da regulação."[111] Este sentido total da regulação é obtido a partir da análise do negócio em concreto e de todas as circunstâncias que fazem dele um negócio específico e particular,[112] tendo sempre em mira "o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, *atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar*".[113] Trata- se, portanto, de especificar o conteúdo contratual tanto a partir do tipo de negócio em si quanto por aquilo que deve ser inferido das circunstâncias do negócio e de sua finalidade.

---

108 O auxílio da boa-fé objetiva na interpretação do contrato é incluído por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO na tríplice função dita "pretoriana" dessa cláusula geral: a) adju-vandi, para "ajudar na interpretação do contrato"; b) supplendi, para "suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído", no que se inserem dois aspec- tos, quais sejam, a criação dos deveres anexos e as cláusulas faltantes representativas de uma lacuna contratual; e c) corrigendi, para "corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo", notadamente no que se refere à vedação às cláusulas abusivas. (*Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 775, p. 11-17, maio 2000, p. 14).

109 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação...*, p. 27.

110 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 427-472.

111 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...,* p. 431.

112 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...,* p. 431-432.

113 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...,* p. 432.

Muitas vezes a finalidade do contrato — e sua integração ao conteúdo — não restará clara no bojo das cláusulas contratuais. Nesse momento, a boa-fé em sua função *adjuvandi* (JUNQUEIRA) ou como cânone hermenêutico-integrativo (JUDITH) atua para revelá-la e determinar o conteúdo do contrato. Os riscos do contrato e sua distribuição também podem não estar previstos ou serem vagos e imprecisos, demandando, na impossibilidade de definição dos mesmos a partir de uma interpretação integradora, o recurso a regras gerais e abstratas de repartição do risco[114].

Uma outra decorrência necessária do reconhecimento da frustração do fim do contrato é a de que, conforme dispõe o art. 187 do Código Civil brasileiro, a parte que exigir o cumprimento de um contrato cuja finalidade tenha se impossibilitado estará excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Verifica-se nesse artigo mais uma prova da funcionalização dos direitos subjetivos e mais um exemplo de concretização da figura do abuso de direito. Portanto, caracteriza abuso de direito a exigência do cumprimento de um contrato em que houve a frustração de seu fim.

5.6 Consequências do reconhecimento da frustração do fim do contrato

A impossibilidade de atingir o fim do contrato é causa de ineficácia do negócio jurídico, podendo acarretar as seguintes consequências:

a) resolução ou resilição[115];

b) revisão do negócio jurídico;

c) suspensão da inexigibilidade das prestações.

O efeito natural de um contrato com a finalidade frustrada será a resolução ou a resilição, uma vez que devem ser mais raras as hipóteses em que um contrato que perdeu a razão de ser ainda possa ser mantido ou revisado.

114 "Muitas vezes o contrato é omisso quanto ao emprego da prestação e o normal será até que o devedor não tenha assumido o risco de frustração do fim de utilização da prestação pelo credor, sendo excecional a situação inversa, em regra determinadas por situações de pendor altruísta ou sempre que o fim da prestação se relacione, de tal modo com o respectivo objeto que não seja possível que aquele se frustre sem que este se impossibilite. É, porém, a interpretação das declarações de vontade e da análise do tipo contratual que se poderá indicar uma conclusão sobre a atribuição do *risco de emprego*. No silêncio das partes ou excluído um resultado diverso através de uma interpretação complementadora do contrato, o risco de emprego assiste ao credor, tendo vários casos judiciais concretizado esta ideia, por referência a alguns tipos contratuais, salientando, se não for outro o resultado da autonomia privada das partes, que o risco relativo à utilização do bem locado para determinados objetivos comerciais é do arrendatário, que o risco de insuscetibilidade de construção no imóvel adquirido, salvo convenção diversa, é do comprador, que o risco do emprego dos capitais será do mutuário, que o risco de utilização da mercadoria transportada é do credor e não do transportador, entre outros exemplos." (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade*..., p. 435-436).

115 "A resolução pode afetar a relação de forma ex tunc, com efeitos retroativos, ou com eficácia ex nunc, sem desconstituição dos efeitos pretéritos. Quanto a esta última, relevante doutrina prefere a adoção do termo resilição ainda que, novamente, não sem heterogeneidade" (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção*..., p. 64).

Vislumbramos, no entanto, uma hipótese em que a revisão, em tese, pode ter lugar, qual seja o caso de frustração parcial do fim do contrato.

Com efeito, um negócio jurídico pode ter múltiplas finalidades comuns aos contratantes, de forma que, frustrando-se apenas parte delas e sendo divisíveis as obrigações e o próprio contrato, poderia fazer sentido manter o negócio jurídico na parte não atingida pela frustração. O exame caso a caso será fundamental para avaliar se a manutenção de parte do negócio jurídico se mostra razoável, atendendo a ambas as partes. Trata-se de um exercício semelhante ao da análise da oferta equitativa prevista no art. 479 do Código Civil, aplicável às hipóteses de excessiva onerosidade.

A suspensão da exigibilidade terá lugar nos casos de impossibilidade temporária de atingir o fim contrato, os quais podem ser, eventualmente, os mais comuns em função da pandemia COVID-19. Afinal, as partes podem ter interesse em manter o vínculo contratual para a consecução do fim do contrato quando as atividades ou as regras de convivência social retornem ao normal. Nesses casos, é como se o contrato permanecesse em *standby* pelo período de duração dos efeitos da pandemia, o que deverá ser negociado pelas partes ou analisado caso a caso pelo julgador de forma a restabelecer o sinalagma. Seja como for, se a impossibilidade temporária de atingir o fim do contrato acarretar a perda do interesse do credor, a resolução estará igualmente autorizada porque a impossibilidade deve ser reputada definitiva.

A rigor, assim como a impossibilidade temporária da prestação exclui a mora[116] e também paralisa o cumprimento das prestações[117], a temporária impossibilidade de atingir o fim do contrato também é excludente da mora e, ainda estando presente o interesse do credor e possível atingir o resultado almejado, habilita suspensão da exigibilidade das prestações até que o evento impossibilitador seja superado ou o interesse do credor despareça. Nesse contexto, em contratos de longo prazo ou com data de cumprimento futuro (cujo interesse do credor ainda persista após a data designada) que tiveram a finalidade contratual afetada, autoriza-se a suspensão do cumprimento das prestações por ambas as partes, aproveitando-se, portanto, o cumprimento até então realizado, mas impondo, em contrapartida, o acertamento entre as partes quanto as despesas a incorrer durante a paralisação das prestações e que visam assegurar que a finalidade possa ser atingida tão logo o evento superveniente

---

116 "Se a impossibilidade é total e permanente, dá-se a extinção do vínculo contratual. Se é apenas temporária, não haverá mora." (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. Caso fortuito e teoria da imprevisão.* 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 178)

117 "A impossibilidade temporária enseja a paralisação da exigibilidade da prestação e mantém o vínculo até que a causa da impossibilidade se afaste ou até que se extingam os interesses do credor na prestação. Essa hipótese diferencia-se da mora pela inocorrência do elemento subjetivo característico desta, a culpa do devedor, de modo que, havendo culpa que tenha determinado o atraso, o caso será regido pelos arts. 394 e seguintes." (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações. Comentários aos artigos 389 a 420 do Código Civil. Mora. Perdas e Danos. Juros legais. Cláusula penal. Arras ou sinal*. Coord. Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2006, p. 39).

seja superado. Assim, se no exemplo do transporte regular de insumos para a indústria "X" que teve de paralisar suas atividades temporariamente por conta da COVID-19, o transportador – mesmo sem prestar o serviço de transporte - terá de arcar com despesas para a manutenção dos veículos e dos motoristas, de forma a estar preparado para a retomada das atividades, quando necessário. Caso o transportador atenda de forma exclusiva a indústria "X" e só tenha ela como cliente, todas as despesas são realizadas de forma induvidosa no interesse do contrato de transporte daquele cliente específico. Nesse caso, tais despesas com a manutenção do contrato de transporte precisarão ser acertadas pelas partes e, no caso de não haver um acordo, a resolução do contrato será sempre uma via à disposição delas. A ponderação dos custos e benefícios da suspensão do contrato em relação à resolução sem penalidades será um exercício necessário para os contratantes.

A par da ineficácia total ou parcial gerada pela frustração do fim do contrato, é justamente na construção das consequências patrimoniais a serem suportadas por cada um dos contratantes, em especial a solução a ser empregada às despesas já incorridas pelas partes relacionadas à execução do contrato, que reside outra grande dificuldade do tema.

A premissa básica que nos parece orientar o regime das consequências do contrato cujo fim restou frustrado é a de que, não sendo os contratantes culpados pela ocorrência do fato superveniente, o risco da frustração do fim deve ser repartido entre eles. Na ausência de quaisquer indicativos para contrariar essa premissa – distribuição do risco pelos contratantes ou disciplina legal a respeito – ela parece ser a que mais se coaduna com uma interpretação atenta à boa-fé e que corresponda *"a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração"* (Código Civil, art. 113, § 1º, V).

Aqui está uma das vantagens do regime da frustração do fim em relação ao da impossibilidade superveniente, uma vez que na frustração o regime das consequências patrimoniais pode ser melhor moldado pelo julgador, caso a caso, enquanto na impossibilidade sempre uma das partes acabará suportando sozinha o risco, diante da opção legislativa vigente, guiada, em especial, pelo princípio *res perit domino*. Assim, por exemplo, se a coisa a ser entregue se perder sem culpa do devedor e ele já tiver recebido o preço, o devedor deve restituir ao credor o valor recebido e amargar, sozinho, o prejuízo da perda da coisa.

O Direito inglês traz importantes parâmetros e exemplos para orientar os efeitos da frustração do fim do contrato, boa parte deles aderente ao nosso sistema jurídico e que fogem à regra binária do regime da impossibilidade da prestação de atribuição integralmente a perda a um dos contratantes. A

Law Reform (Frustrated Contracts) Act[118], de 05 de agosto de 1943, estabelece as consequências para os casos de impossibilidade superveniente de *frustration* submetidos à lei inglesa[119] e aos termos do referido Act. Segundo refere FURMSTON, *"in general it may be said that the Act makes two fundamental changes in the law. First, it amplifies the decision in the Fibrosa case by permitting the recovery of money prepaid, even though at the date of frustration there has been no total failure of consideration. Secondly, it allows a party who has done something in performance of the contract prior to the frustrating event to claim compensation for any benefit thereby conferred upon the other. In this respect it modifies the common law rule laid down, for instance, in Cutter v Powell".*[120]

As consequências podem ser assim esquematizadas:[121]

a) repetição dos valores já pagos (em razão do contrato) antes do evento que ocasionou a frustração do contrato e inexigibilidade do pagamento dos que ainda não venceram. É o que determina a Seção 1(2), primeira parte, da *Law Reform (Frustrated Contracts) Act;*[122]

b) se a parte que recebeu os valores (e que agora deve devolvê-los) realizou gastos com o cumprimento do contrato, o Tribunal pode, se entender justo, de acordo com as circunstâncias do caso, autorizar que seja retida uma certa quantia ou conceder uma indenização limitada a

---

118 Para uma análise da evolução dos precedentes que flexibilizaram o efeito restitutório até se chegar ao Frustrated Contracts Act, vide FURMSTON, M.P. *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*. 16th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 731-735.

119 Antes do *Frustrated Contracts Act*, podiam ser estabelecidos dois efeitos para a *frustration*: a) efeito geral: resolução automática do contrato *(Hirji v. Cheong Yue Steamship Co. Ltd.);* b) efeitos particulares: b.1) direitos nascidos antes da frustração permanecem exigíveis (Chandler v. Webster — 1904), mas esta regra foi mitigada no precedente *Fibrosa Spolka Akoyjna v. Fairbairn Lawson Gombe Barbour Ltd.* (1943), o que inspirou a edição do *Frustrated Contracts Act;* b.2) direi- tos não nascidos ao tempo da frustração são inexigíveis. (ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Editorial Tecnos, 1968, p. 63-64). Em Chandler v. Webster, havia sido celebrado um contrato de locação para assistir à coroação do rei Eduardo VII pelo preço de 141.15 libras esterlinas, pagos de forma adiantada. O locatário pagou só 100 libras adiantado e, antes de pagar as 41.15 libras esterlinas restantes, sobreveio a notícia do cancelamento do cortejo da coroação. O locatário não só não conseguiu recuperar o que já havia pago como também foi obrigado a pagar as 41.15 libras esterlinas remanescentes, porque todo o valor deveria ter sido pago antes do evento que frustou o contrato. O caso *Fibrosa Spolka Akoyjna v. Fairbairn Lawson Gombe Barbour Ltd.*, que alterou o entendimento de Chandler v. Webster, referia-se à venda de maquinário de uma companhia inglesa para uma empresa polonesa pelo preço de 4.800 libras esterlinas, sendo que 1.600 libras esterlinas seriam pagas em adiantamento, e a diferença, posteriormente. Quando 1.000 libras esterlinas já haviam sido pagas, o contrato frustrou-se em decorrência da invasão alemã à Polônia depois da deflagração da guerra em 1939. A House of Lords permitiu que a companhia polonesa recuperasse o dinheiro pago, pois a empresa inglesa não tinha entregue nem sequer parte das mercadorias. Essa regra, no entanto, poderia gerar injustiças, pois os recursos recebidos na forma de adiantamento poderiam ter sido investidos em atos destinados à contratação, de sorte que todas as perdas seriam suportadas por uma das partes. A Law Reform (Frustrated Contracts) Act tem disposições para evitar essa disparidade.

120 FURMSTON, M.P. Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract..., p. 735.

121 Para uma visão geral das consequências do frustration, vide ESPERT SANZ, Vicente. La Frustración del fin del contrato. Madrid: Editorial Tecnos, p. 63-64.

122 "(2) All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as "the time of discharge") shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable."

tais gastos. Essa previsão está na segunda parte da Seção 1(2) da *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*.[123] O contratante que não exigiu algum pagamento adiantado não terá direito a ressarcimento pelas despesas incorridas, pois se entende que, nesse caso, fez as despesas por sua conta e risco. A lei somente prevê a hipótese de ressarcimento quando alguma parte do contrato já foi paga. É interessante ressaltar que a Corte inglesa avalia caso a caso qual a medida do reembolso das despesas realizadas. Um critério empregado é o de saber se aquilo que foi produzido até então pode ser reaproveitado pela própria empresa ou por terceiros. Tomando o caso Fibrosa como exemplo, imaginemos que algumas máquinas já estivessem prontas para ser enviadas à Polônia ao tempo da frustração do contrato. Se elas pudessem ser vendidas a outras empresas, o reembolso seria muito menor do que se não pudessem ser.

A Corte também pode repartir o prejuízo entre os contratantes, a fim de evitar que apenas uma das partes assuma-o integralmente. Se "A" pagou 1.000 a "B" para receber a mercadoria "x" e "B" realizou despesas de 1.000 até a frustração do contrato, determinar que "B" devolva 1.000 para "A" representaria imputar a ele todas as perdas decorrentes da frustração. Por isso há a previsão de devolução de todo ou de parte do montante recebido ou recebível ("*the whole or any part of the sums so paid or payable*");[124]

c) se o ato de um contratante cumprindo o contrato antes que tenha ocorrido o evento frustrante gerar para a outra parte um benefício (não monetário, que se resolve com as letras "a" e "b" citadas anteriormente), o Tribunal poderá, caso considere justo de acordo com as circunstâncias do caso, determinar a repetição desse benefício, limitado ao valor deste.

Essa previsão está presente na Seção 1(3) do *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*[125] e visa a corrigir a injustiça que surgiria caso, antes da

---

123 "*(2) (...) Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.*"

124 TREITEL, G. H. *The law...*, p. 687. O autor ainda informa que a *British Columbia Frustrated Contracts Act 1974,* s. 5(3) e a *New South Wales Frustrated Contracts Act 1978*, s. 12(2)(b)(ii) e s. 13, prevêem a divisão igualitária das perdas. A *British Columbia Frustrated Contracts Act 1974*, s. 5(3), assim dispõe: *"(3) Where the circumstances giving rise to the frustration or avoidance cause a total or partial loss in value of a benefit to a party required to make restitution under subsection (1), that loss shall be apportioned equally between the party required to make restitution and the party to whom such restitution is required to be made."* Disponível em: http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pa- ges/r25appendixe. No Canadá, encontramos regra semelhante no *Frustrated Contracts Act, s.5(4)*, que assim dispõe: *"(4) If the circumstances giving rise to the frustration or avoidance cause a total or partial loss in value of a benefit to a party required to make restitution under sub- section(2), that loss must be apportioned equally between the party re- quired to make restitution and the party to whom the restitution is required to be made"* Disponível em:http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/ stat/F/96166_01.htm.

125 "(3) Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a

liberação de um dos contratantes, o outro já tivesse cumprido parte do contrato e gerado benefícios àquele que foi liberado. Esses benefícios poderiam ser qualquer vantagem que não fosse o pagamento por conta do próprio contrato, ao qual se aplica a Seção 1(2) do *Frustrated Contracts Act*.[126]

Na apreciação de quanto do benefício será repassado à outra parte, o *Frustrated Contracts Act* estabelece que o valor máximo será o do próprio benefício, devendo ser consideradas as circunstâncias do caso e os seguintes fatores:

a) o montante das despesas efetuadas em prol do contrato antes da sua frustração, tanto as que já foram quanto as que ainda serão pagas;

b) os efeitos das circunstâncias que deram margem à frustração relativamente ao benefício. Isso serve para avaliar, por exemplo, por quanto tempo se teve o benefício. Se eu contratei um pescador para pescar em alto-mar por dois meses e ele morreu após um mês de pesca, somente se deve considerar parte do tempo para definir o benefício.

Um exemplo da aplicação da Seção 1(3) ocorreu no caso *B.P. (Exploration) Libya Ltd. v. Hunt* (1979). O senhor Hunt era proprietário de uma concessão de petróleo na Líbia e fez um acordo para a sua exploração com a *B.P. (Exploration) Libya Ltd*. O ajuste, basicamente, previa que a empresa seria encarregada de todo o trabalho de exploração do petróleo e dos recursos necessários para tanto. Hunt simplesmente entraria com o direito de exploração do petróleo que a concessão lhe permitia. A empresa teria 50% da concessão e, assim que o petróleo fosse encontrado, receberia três oitavos da parte de Hunt, até atingir 125% das despesas efetuadas no investimento. Em 1967, foi encontrado petróleo e por quatro anos a exploração foi feita normalmente; mas, em 1971, o contrato frustrou-se por causa de um decreto expropriatório do governo da Líbia. Para determinar as consequências do ressarcimento, foi utilizada a Seção 1(3) do *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*. O Tribunal atuou em duas etapas: a definição do benefício auferido por Hunt (eis que esse seria o limite do ressarcimento à empresa) e a definição da "*justa soma*" a ser reembolsada tendo em conta as circunstâncias do caso e os seus efeitos em relação ao evento

---

payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular, (a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and (b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract."

126 Em Appleby v. Myers (1867), o autor obrigou-se a fazer e a montar todo o maquinário na fábrica do réu, bem como mantê-lo em ordem por dois anos a partir da data da conclusão dos trabalhos. Depois de montar parte do maquinário, a fábrica pegou fogo e foi destruída, inclusive o maquinário já instalado. A decisão judicial entendeu que o autor não poderia receber nada pelo maquinário instalado. Visando à correção dessa regra, entre outras, que o *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* foi elaborado.

frustrante. O benefício auferido por Hunt, até o momento da frustração, foi o montante de óleo que recebeu enquanto a concessão estava vigendo e o valor da indenização paga pelo governo da Líbia pela expropriação. Esse seria o limite da compensação a ser paga à empresa, nos termos do que dispõe a Seção 1(3). Desse valor, o Tribunal determinou que metade cabe- ria a cada uma das partes, pois o negócio era 50% para cada; adicionou a esse montante alguns valores pagos pela empresa ao senhor Hunt e depois subtraiu o óleo já reembolsado à *B.P. (Exploration) Libya Ltd*. durante os quatro anos de exploração.

O panorama do Direito inglês é útil porque muitas das soluções são similares àquelas que nosso sistema jurídico pode nos oferecer quanto às consequências da resolução por frustração do fim do contrato.

Em nosso ordenamento jurídico, como regra, o efeito constitutivo negativo da resolução fundamenta os potenciais efeitos dela decorrentes: (a) eficácia liberatória, (b) eficácia restitutória e (c) eficácia indenizatória[127].

Consoante indica ZANETTI, *"a resolução põe fim retroativamente ao vínculo entre as partes e tudo se passa como se o contrato nunca tivesse sido celebrado. A tutela jurídica, agora, é voltada a restabelecer a situação em que as partes se encontravam antes de concluir o negócio. Precisamente por isso, surge a chamada relação de liquidação. Seu objetivo é o de promover a reconstituição do status quo ante, ao menos do ponto de vista patrimonial. Para tanto, no que agora mais de perto interessa, o ressarcimento devido pela parte culpada pelo inadimplemento absoluto visa satisfazer o chamado interesse negativo ou dano de confiança, correspondente ao que a parte perdeu ou deixou de ganhar por acreditar na execução do Contrato. Relativamente ao interesse positivo, a diferença é de fundo e não de extensão."* [128]

O efeito liberatório encerra o vínculo obrigacional entre as partes, liberando-os de suas obrigações, em regra, de forma retroativa (ex tunc)[129]. Uma vez liberados de suas obrigações, deve ser analisado o efeito restitutório, ou seja, se as partes devem restituir algum valor já recebido da outra ou gasto com a execução do contrato. Como bem aponta STEINER, a *"restituição é cabível*

---

127 Segundo ensina RENATA STEINER, "ocorrida a resolução, abre-se a configuração de uma relação de liquidação, pela qual se opera a *liberação* das partes, a *restituição* do quanto já prestado bem como a *indenização* dos danos causados, nos termos do art. 475 do CC" (STEINER, Renata Carlos. *Interesse Positivo e Interesse Negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. 2016, 362f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 288.

128 ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A transformação da mora em inadimplemento absoluto*. Acesso via RT *online*, p. 13-14.

129 "A resolução destrói a relação obrigacional desde a celebração. Tem, pois, efeito *ex tunc*. Atendendo ao que agora dispõe o Código Civil, deve ficar reconhecido que a resolução extingue também o contrato (embora essa conceituação não seja a melhor, nem corresponda à unanimidade da doutrina; porém, feita a classificação legal, é ela que deve ser adotada.
O efeito *ex tunc* significa que a resolução tem efeito retroativo, e com a extinção decretada por essa causa devem as partes ser respostas na situação em que estavam antes de celebrarem o contrato. Significa dizer: as partes devem restituir o que receberam em razão do contrato, tanto o credor, autor da ação, como o devedor inadimplente, apenas que sobre esse ainda pesará a condenação de indenizar as perdas e danos sofridos pela outra parte." (AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos*. In http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/149.pdf).

mesmo quando a resolução não decorra da falta de cumprimento, como no caso de resolução ex lege por impossibilidade não imputável da prestação. E, não menos relevante, pelo fato de que atinge indistintamente o credor lesado e o devedor faltoso."[130]

A fórmula aqui será fazer um sistema de créditos e débitos entre o credor e o devedor, de forma a que ambos suportem, juntos, o risco da frustração do fim do contrato. Assim, por exemplo, se o credor já pagou uma parcela de R$ 20.000,00 pelo produto que está sendo fabricado pelo devedor e este comprou materiais no valor de R$ 15.000,00 para desenvolvê-lo, o credor deverá receber o valor de R$ 5.000,00 de restituição. Evidentemente, nesse exemplo estamos considerando a existência de prova de que os recursos foram empregados pelo devedor especificamente em prol do credor e que não podem ser aproveitados pelo devedor na sua atividade ou em outros contratos com clientes diversos.

O efeito restitutório é decorrência da resolução e, não havendo um regime específico para ditar as consequências da frustração do fim no Código Civil, é lícito construí-lo *taylor made* para cada caso com base em todos os critérios interpretativos já expostos anteriormente, sempre atentando para evitar o enriquecimento injustificado.

Tendo em vista que o evento gerador da frustração do fim do contrato é alheio às partes contratantes e imprevisível, a regra geral a ser observada é de que apenas as despesas realizadas pelos contratantes serão elegíveis à restituição. Nenhuma indenização, portanto, terá lugar para buscar o lucro que qualquer das partes teria com a operação.

Um aspecto importante a ser verificado no efeito restitutório é se os recursos ou atos já praticados em prol da execução do contrato podem ser aproveitados pelo contratante na sua atividade ou em outros contratos. Em princípio, as despesas aproveitáveis não devem entrar na relação de liquidação, na medida em que não constituem efetivamente um prejuízo suportado pelo contratante. No exemplo do contrato para instalação de anúncios luminosos que perderam o sentido por medidas supervenientes restritivas de iluminação na cidade, determinadas peças adquiridas para serem empregadas na confecção dos painéis (parafusos, por exemplo) podem ser aproveitadas para construir os painéis de outros clientes que são instalados sem iluminação, para divulgação durante o dia, não causando, portanto, prejuízo do devedor.

Assim, podemos dizer que, uma vez frustrada em definitivo a finalidade contratual, o contrato se resolve, restituindo-se as despesas incorridas em prol da execução do contrato por ambas as partes, excluídas aquelas despesas reaproveitáveis, autorizada a compensação, evitando-se o enriquecimento injustificado de qualquer das partes.

---

130 STEINER, Renata Carlos. *Interesse Positivo e Interesse Negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. 2016, 362f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 289.

6 Conclusão

Momentos extremos e de disrupção como o atualmente enfrentado demandam a realização de reflexões com muita cautela. Conforme expusemos neste artigo, os desafios jurídicos para encontrar soluções jurídicas tecnicamente adequadas para o impacto da pandemia COVID-19 sobre os contratos não é tão simples, em especial quando tratamos do desafiador tema da impossibilidade superveniente da prestação e da frustração do fim do contrato.

As opiniões aqui expostas são as primeiras impressões feitas com o objetivo de tentar auxiliar os operadores do Direito no enfrentamento de parte dos problemas da perturbação das prestações decorrente dos efeitos do coronavírus nas relações negociais, atendendo ao chamado feito pela Professora Judith Martins-Costa. Estão sujeitas, sempre, a maior estudo e aprofundamento, como toda situação complexa requer.

A COVID-19 e a conservação dos contratos. Muita calma nessa hora!

Rodrigo Garcia da Fonseca

Advogado inscrito na OAB/RJ, OAB/SP e OAB/DF. Sócio de Fonseca e Salles Lima Advogados Associados. Ex-Redator-Chefe da Revista de Arbitragem e Mediação (2004-2013). Ex-Vice-Presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA (2012-2018). Vice-Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB-RJ (desde 2010). Vice-Presidente do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC (desde 2019). Membro da Comissão Especial do Conselho Federal da OAB para Implementação da Câmara de Arbitragem do BRICS (desde 2019). rodrigo@fsla.com.br. *Artigo escrito em abril de 2020*.

1. "Que você viva em tempos interessantes!", diz uma velha maldição chinesa. E por que isso seria uma maldição? Ora, tempos interessantes são tempos de problemas, de instabilidade, de surpresas, de imprevisibilidade. Tempos calmos, por outro lado, quando nada acontece de surpreendente, são tempos que favoreceriam a reflexão, a harmonia, e a paz.

2. Curioso que essa maldição tenha origem chinesa, já que o surgimento do novo coronavírus, batizado de Sars-CoV-2, foi justamente na província de Wuhan, na China, de onde se espalhou pelo mundo, com a pandemia da nova gripe Covid-19. E a lCovid-19 transformou o ano de 2020, e sabe-se lá até quando, nos tempos mais "interessantes" desde há muito.

3. O que está ocorrendo hoje é algo jamais visto. Bilhões de pessoas colocadas em quarentena por decisões governamentais de isolamento ou distanciamento social. O *lockdown*, ou fechamento generalizado de comércios e negócios não essenciais, de instituições de ensino, a suspensão de atividades de teatros, cinemas e esportes em geral, no mundo inteiro.

4. A ocorrência de epidemias é de certa forma previsível. Há epidemias virais periódicas, como a gripe *influenza* ou a dengue e a zika no Brasil, que há anos retornam em determinadas estações, recrudescem, e voltam a atacar no ano seguinte.

5. O mundo também já viu outras epidemias dramáticas, como a Peste Negra ou a Varíola, matando grandes parcelas da população em épocas em que a ciência não era tão desenvolvida e não havia vacinas, os hábitos de higiene eram precários e não se tinha conhecimento claro sobre a origem ou o tratamento das doenças. A grande epidemia ou pandemia mais recente é a da Gripe Espanhola, no início do Século XX, que matou milhões de pessoas a partir do final da Primeira Guerra Mundial.

6. Era questão de tempo que um novo vírus criasse mais uma grave pandemia mundial. Em 2015, Bill Gates fez uma palestra dizendo que na infância o seu grande medo era a bomba atômica, mas que no Século XXI o maior risco da humanidade era um vírus ainda desconhecido, uma terrível gripe que estava por vir.[1] O então Presidente Barack Obama já havia feito alerta similar, em 2014, afirmando a necessidade de uma preparação mundial para evitar a tragédia de uma nova Gripe Espanhola.[2]

7. Assim, pode ser dito que o advento de uma nova pandemia era um evento até certo ponto previsível, ao menos para pessoas com algum grau de instrução, conhecimento de história e que acompanhavam noticiários. Mas o momento em que isso iria acontecer, e o grau de sua virulência, estes fatores eram absolutamente imprevisíveis.

8. A Covid-19 paralisou o mundo como nunca se imaginou, a não ser em livros ou filmes de ficção científica. De repente as tramas e cenas de "O enigma de Andrômeda", "Contágio" ou "Eu sou a Lenda" não parecem tão longe da realidade. As epidemias mais recentes, como a SARS, MERS, Ebola ou a Gripe Suína H1N1, todas assustaram por algum tempo, mas acabaram controladas e contidas com alguma velocidade. Mais uma vez a realidade foi mais criativa do que a ficção, e veio o novo coronavírus.

9. Em outras palavras, é razoavelmente seguro afirmar que, antes do advento da Covid-19, havia alguma previsibilidade quanto à ocorrência de uma pandemia no futuro. Mas ninguém poderia prever que isso se daria em fins de 2019 e início de 2020, e tampouco que praticamente paralisaria a economia mundial de uma hora para outra, na dimensão que estamos vendo hoje.

10. Não por acaso tem sido tão falado nos meios jurídicos que a pandemia da Covid-19 constituiria um evento de força maior, capaz de desobrigar devedores do cumprimento de suas prestações contratuais. Mas, com todo o respeito, essa é uma visão curta. É preciso muita calma nessa hora! Justamente por ser a crise tão grave, e por termos pressa, é preciso ir devagar, e não pular para conclusões apressadas.

11. Em primeiro lugar, cada caso é um caso. Essa máxima do direito, que o advogado aprende desde cedo na prática, nunca foi tão importante. Os efeitos da pandemia e das quarentenas não afetam as pessoas, as empresas e os contratos de modo uniforme. Logo, as soluções para os problemas jurídicos daí advindos tampouco podem ser uniformes.

12. Se é verdade que muitas empresas foram fortemente afetadas de modo negativo, há casos de quem prospera em meio à crise. Crises são sempre momentos de tensão, de quebra de paradigmas, e tal como Charles Darwin observou na natureza, os sobreviventes não são necessariamente os maiores e os mais fortes, mas os que melhor se adaptam às novas necessidades. A crise

1 https://www.youtube.com/watch?v=6Af6b_wyiwI.

2 https://www.youtube.com/watch?v=pBVAnaHxHbM.

econômica aguda é um momento propício à destruição criadora do capitalismo, na expressão de Schumpeter, é também um momento de oportunidades.

13. Assim, enquanto a indústria do turismo, por exemplo, vive um cenário de terra arrasada, com aviões no chão e hotéis e atrações turísticas fechadas sem previsão de reabertura, as empresas especializadas em plataformas de vídeo-conferências, empresas de *delivery*, de *streaming* ou de *games*, empresas do mundo digital em geral, nunca foram tão demandadas, tiveram crescimento exponencial de uma clientela confinada, e aumentos significativos de faturamento e cotação de mercado, ainda que em meio a quedas acentuadas das bolsas.[3] De qualquer modo, a crise econômica que vem na esteira da crise sanitária certamente levará – e já está levando – a um aumento de casos de insolvência, de empresas fechando, pedindo recuperação judicial ou falindo. E grande desemprego.

14. A pandemia parece efetivamente se enquadrar na definição de evento de força maior,[4] da mesma forma como as medidas governamentais determinando o fechamento do comércio, o trabalho remoto e as quarentenas são o típico fato do príncipe, a ação estatal que pode onerar, dificultar ou impedir o cumprimento da obrigação pelo devedor. Mas a possibilidade de invocar tais eventos para a suspensão, o não pagamento ou a revisão de uma obrigação, por exemplo, será completamente diferente para uma companhia quase paralisada ou para uma empresa digital que não tenha sofrido perda de faturamento no seu negócio.

15. Por outro lado, a situação atual impacta diferentemente vários tipos de contratos. No caso de uma locação residencial, em princípio o imóvel continua disponível para uso e gozo do locatário. Numa locação comercial num *shopping center*, por exemplo, o lojista está impedido de usar o imóvel locado para as suas finalidades, não por culpa do locador, ou mesmo da doença em si, mas por ordem das autoridades que proíbem a abertura do *shopping*. E existe a locação comercial do supermercado ou da farmácia de rua, que continuam abertos e em funcionamento. Ou seja, como se disse antes, cada caso é um caso.

16. Em alguns casos, a própria razão de ser do negócio jurídico deixa de existir. A finalidade do contrato se vê frustrada. Mas em outras situações, existe um impedimento temporário ou uma dificuldade maior para o cumprimento da prestação, e alguma normalidade da relação contratual poderá ser retomada no futuro, com maior ou menor utilidade para o credor. Podemos pensar, por exemplo, no contrato para patrocínio ou de direitos de transmissão de um evento esportivo. Em alguns casos o evento foi cancelado. Mas em outros ele foi adiado, e ainda se realizará mais à frente. A equação econômica contratual

---

3 O noticiário tem mencionado a vertiginosa valorização das ações de companhias como a Amazon, Netflix ou o Zoom, por exemplo.

4 Conforme a definição do parágrafo único do art. 393 do Código Civil, "o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

também será afetada na segunda hipótese, mas o contrato não se frustrou por completo.[5] Da mesma forma, uma empresa pode ficar impossibilitada de produzir imediatamente um bem que vendeu pela falta de insumos que desapareceram do mercado (deixaram de ser produzidos ou importados). Ou ela pode continuar a produzir, mas a sua produção ter sido requisitada ou redirecionada por um ato de governo.[6] Cada caso é um caso.

17. Da mesma forma, há contratos e contratos. Muitos contratos, ao tratar da força maior, listam determinados eventos e excluem especificamente algumas situações. O que fazer com contratos que excluam epidemias dos eventos de força maior, ou que listem inúmeros eventos mas nada digam sobre epidemias? E se a cláusula incluir epidemias mas não falar sobre atos governamentais? Há contratos com cláusulas de renegociação em caso de mudanças das circunstâncias normais do negócio, como as chamadas cláusulas de *hardship*, ou que permitem a desistência ou revisão do negócio, com as cláusulas conhecidas como *MAC* ou *MAE*.[7]

18. Os remédios mais tradicionais previstos na legislação e na doutrina, da força maior, ou a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva,[8] ou o inadimplemento antecipado,[9] por exemplo, não darão conta da imensa quantidade de demandas que surgirão. O coronavírus já está causando a lotação das UTIs hospitalares e dos cemitérios, e poderá em breve caotizar a Justiça ainda mais com novas demandas.

19. Ademais, a imprevisibilidade dos resultados das demandas é imensa. Até mesmo algumas questões relativamente sedimentadas na jurisprudência brasileira podem vir a ser revisitadas. Há várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, definindo que a variação cambial ou a oscilação do preço de *commodities* não representam fatos imprevistos para fins de revisão dos contratos.[10] Mas será que essa continuará a ser a visão quando a fortíssima

---

5 Como exemplo, o Torneio de Tênis de Wimbledon de 2020 foi cancelado. Os Jogos Olímpicos de Tóquio foram adiados para 2021.

6 Temos visto governos impedindo a exportação de respiradores ou outros equipamentos médicos, por exemplo. O Presidente Trump, nos EUA, invocou uma lei de guerra para obrigar empresas a direcionar a produção para equipamentos necessários nos hospitais.

7 A cláusula de *hardship* é normalmente uma cláusula que determina a renegociação do contrato no caso de mudança das circunstâncias que gere desequilíbrio contratual. As cláusulas *MAC/MAE*, do inglês "*material adverse change*" ou "*material adverse effect*" – efeito ou mudança material adversa – são normalmente usadas em fusões e aquisições, e servem para permitir ao comprador desistir ou renegociar o contrato caso haja uma alteração significativa prejudicial aos negócios da empresa adquirida, em determinado período de tempo.

8 O art, 478 do Código Civil exige, para a caracterização da onerosidade excessiva, que haja "extrema vantagem" para a outra parte. Será que nos casos da Covid-19 o credor terá excessiva vantagem? Será a mera ausência de prejuízo, em meio a tamanha e generalizada crise, uma excessiva vantagem?

9 Sobre o tema, ver o excelente trabalho de Aline de Miranda Valverde Terra, "Inadimplemento Anterior ao Termo", Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

10 Exemplificativamente: STJ, 3ª T., AgRg no REsp nº 1.518.605-MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.04.2016, afastando a variação cambial para aplicação da teoria da imprevisão; STJ, 4ª T., REsp nº 936.741-GO, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 03.11.2011, decidindo que a variação da cotação da soja não justifica a invocação da teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva conforme o art. 478 do Código Civil.

variação cambial, o dólar a quase R$ 6,00, vem juntamente com o *lockdown* decorrente da pandemia? Ou quando o preço do petróleo cai a negativo, como nunca havia acontecido antes, em meio à recessão mundial?[11]

20. É hora de puxar o freio de mão, parar, refletir, respirar fundo e renegociar. É hora de prestigiar, como nunca, o princípio da conservação dos contratos. Entre a opção pela resolução, pela moratória, ou pela renegociação e readequação das condições contratuais pelas próprias partes, é este último caminho que deve ser perseguido.[12]

21. É momento de fazer valer os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato para preservar, tanto quanto possível, a continuidade das relações contratuais,[13] justamente pela utilidade que o tráfego jurídico tem para o desenvolvimento social e econômico. É momento de dar concretude ao princípio da conservação dos contratos. É hora de os contratantes construírem juntos as soluções que melhor preservem os seus próprios interesses em tempos de tanta incerteza. Neste aspecto, a mediação, que tanto vem crescendo nos últimos anos, pode ser um potente instrumento de catalisação dos interesses convergentes dos contratantes, ajudando a desenhar soluções olhem para o futuro, preservando os negócios e as relações entre as empresas.

22. Vários países editaram leis especiais para lidar com as circunstâncias extraordinárias da Covid-19 nas relações privadas. No Brasil há o Projeto de Lei nº 1.179/2020.[14] Na Colômbia, o Decreto Legislativo nº 579, de 15.04.2020, no art. 3º, deu interessante caminho para as locações, ao estabelecer que as

11 Em 20 de abril de 2020 o preço de contratos futuros de petróleo no mercado internacional fechou negativo, significando que a demanda estava tão abaixo da oferta que o *trader* preferia pagar para se livrar do produto do que ter que estocá-lo.

12 Vários autores vêm se manifestando pela importância da negociação neste momento tão particular, como preferencial ao litígio. Exemplificativamente: Flávio Tartuce, “O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade.”, http://genjuridico.com.br/2020/04/01/contratos-extincao-revisao-ou-conservacao/; Luiz Gustavo Friggi Rodrigues, “Não é o momento de judicializar a pandemia do coronavírus”, https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/friggi-rodrigues-nao-hora-judicializar-pandemia2; Rodrigo Péclat, “Renegociação de contratos empresariais em tempos de coronavírus”, https://www.migalhas.com.br/depeso/324643/renegociacao-de-contratos-empresariais-em-tempo-de-coronavirus; Marco Aurélio Bezerra de Mello, “Por uma Lei excepcional: dever de renegociar como condição de procedibilidade da Ação de Revisão e Resolução Contratual em tempos de Covid-19”, http://genjuridico.com.br/2020/04/23/acao-de-revisao-contratual-covid-19/?utm_source=mktgen&utm_medium=blog&utm_campaign=blog-genjuridico-newsletter

13 Já tive a oportunidade de afirmar que a função social do contrato e a boa-fé objetiva impõem “que as partes contratantes se unam para o bom funcionamento da relação contratual, numa parceria em que não se eliminam os interesses individuais, mas na qual tampouco há espaços para deslealdades ou atividades contrárias à lógica econômica-social que presidiu a própria contratação, servindo o contrato como instrumento de colaboração na satisfação dos interesses legítimos da cada parte. Nesta dimensão, a função social do contrato e a boa-fé objetiva extraem sua força dos princípios da socialidade e da eticidade.” Rodrigo Garcia da Fonseca, “A Função Social do Contrato e o Alcance do art. 421 do Código Civil”, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007, págs. 246-247. Daí se identificar a função social do contrato e a boa-fé objetiva com o princípio da conservação dos contratos. Ao contrário do que alguns doutrinadores vêm defendendo, não creio que a Lei da Liberdade Econômica recentemente editada tenha restringido o real alcance dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

14 O projeto foi aprovado pelo Senado Federal e enviado à Câmara dos Deputados. Não se sabe se e quando será convertido em lei, e se ainda sofrerá alguma modificação na sua redação durante a tramitação ou veto quando de sua promulgação.

partes deverão negociar as condições de pagamento dos alugueres residenciais e comerciais entre abril e junho de 2020, período reconhecido como de emergência.[15]

23. É muito comum que as apólices de seguro excluam os riscos decorrentes de pandemias. Ainda assim, as seguradoras terão que negociar, e certamente estão cientes de que a própria manutenção do negócio pode depender de cobertura de sinistros independentemente dos termos literais das apólices.[16]

24. Nunca foi tão importante pensar na *affectio contractus*, no contrato como parceria.[17] É hora de prestigiar os deveres laterais de proteção e cooperação entre os contratantes, para o atingimento de um fim comum, a preservação e execução do contrato. Pode-se falar no dever de renegociar, especialmente nessas circunstâncias extraordinárias.[18] É preciso evitar o oportunismo dos agentes econômicos que queiram obter vantagens indevidas a partir da situação de crise generalizada.

25. Não há solução mágica. E nos momentos críticos, a solução vinda das próprias partes é certamente mais sólida e consistente do que a imposição da modificação ou do rompimento do vínculo contratual por um terceiro, pelo Judiciário ou por um Tribunal Arbitral.

26. Quando a pandemia e a crise econômica passarem – e vão passar – olharemos para 2020 como o primeiro ano do resto das nossas vidas. Nada mais será como antes. Escrevendo em meados do Século XIX sobre o tempo das Revoluções do Século XVIII, na abertura de “Um Conto de Duas Cidades”, Charles Dickens descreveu o que, dentro de alguns anos, provavelmente vamos pensar sobre 2020: “Era o melhor dos tempos, era o pior dos tempos,

---

15 Há normas de pagamento para o caso de as partes não chegarem a um acordo, mas são residuais. A regra é a obrigação de negociar.

16 Sobre o tema, Thiago Junqueira, “Os seguros privados cobrem eventos associados a pandemias”, https://conjur.com.br/2020-abr-01-direito-civil-atual-seguros-privados-cobrem-eventos-associados-pandemias abre o seu artigo lembrando que a *Lloyds of London* se consolidou no mercado americano ao cobrir os segurados após o terremoto de São Francisco, em 1906, independentemente dos termos das apólices, pois muitas excluíam desastres naturais. Matéria recente do Jornal Valor Econômico de 02.04.2020, pág. C1, de Sérgio Tauhata, “Seguradoras recebem pedido de indenização da Covid-19” informa que várias seguradoras no Brasil estão anunciando que pagarão sinistros apesar das exclusões contratuais em casos de pandemias, especialmente seguros de vida.

17 A expressão *affectio contractus* é empregada por Arnoldo Wald, para quem “o contrato é o grande instrumento da sociedade moderna”, “é preciso preservar o contrato não apenas na sua letra, mas também no seu espírito”, e são necessários “um diálogo e uma negociação constantes”, “as partes não podem ter rigidez”, “é preciso encontrar soluções menos onerosas para a outra parte”, “há um dever de cooperação, um dever de negociar, um dever de facilitar a manutenção do contrato.” Arnoldo Wald, A Evolução do Contrato e o Novo Código Civil, palestra proferida em 14.06.2002, “Anais do EMERJ Debate o Código Civil”, Rio de Janeiro, 2002, págs. 236 e 241.

18 Nesta linha, vale menção a brilhante tese de Titularidade de Direito Civil da UERJ de Anderson Schreiber, “Equilíbrio Contratual e o Dever de Renegociar”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018. Especificamente sobre a obrigação de renegociar no contexto da crise da Covid-19: Anderson Schreiber, “Devagar com o andor: coronavírus e os contratos. Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional.”, https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional.

era a idade da sabedoria, era a idade da tolice, era a época da crença, era a época da incredulidade, era a estação da Luz, era a estação da Escuridão, era a primavera da esperança, era o inverno do desespero, tínhamos tudo à nossa frente, não tínhamos nada à nossa frente, estávamos todos indo direto ao Paraíso, estávamos todos indo diretamente na outra direção..."[19]

19 Tradução livre do original em inglês. Dou o crédito ao Secretário-Geral da Corte de Arbitragem da CCI, Alexander Fessas, de quem primeiro ouvi a referência deste trecho de Dickens em relação ao sentimento e ao impacto que nos trouxe a pandemia da Covid-19.

Covid-19 e revisão dos contratos: o solidarismo contratual na jurisprudência de exceção

Ronnie Preuss Duarte

Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

1 A Covid-19 e as modificações das obrigações: rebus sic stantibus x pacta sunt servanda

À semelhança do quanto experimentado por médicos e estruturas da saúde, o cenário de pandemia desafia o direito e o Sistema de Justiça. As graves consequências econômicas já se fazem sentir. É iminente a sobrecarga do Judiciário que, muito em breve será o desaguadouro de uma infinidade de demandas almejando a modificação de ajustes contratuais de natureza variada.

Muitos professam a fé em um amplíssimo "direito à revisão" no qual as circunstâncias subjetivas (pessoais) dos envolvidos nas relações obrigacionais bastaria para o êxito indistinto das pretensões revisionais. Outros, fiéis ao pactuado, creem que o clausulado há de ser incondicionalmente cumprido, independentemente de vicissitudes quaisquer. As exceções seriam apenas aquelas taxativa e estritamente previstas nos poucos dispositivos legais dedicados à matéria.

É certo que os mecanismos previstos na legislação para alterações nos contratos foram pensados, sobretudo, para situações em que se verificarem assimetrias pontuais nos negócios jurídicos celebrados. As revisões e resoluções ocorriam, em regra, por força de superveniências imprevisíveis, sempre que um dos sujeitos da relação auferia ganhos extraordinários enquanto a contraparte arcava, sozinha, com as consequências nefastas de fatos inesperados: um ganhando e o outro perdendo muito.

Nos dias de hoje, em razão da pandemia, verificam-se prejuízos generalizados que perdurarão por muitos meses. Quase todos sofrem com as consequências da letargia nos negócios. Multiplicam-se de maneira dramática os casos de perda de emprego, de faturamento e de renda. Reúnem-se, portanto, consequências únicas, imprevisíveis e, espera-se, irrepetíveis.

Portanto, será legítima a revisitação de conceitos para atender, de um lado, parcela significativa da população que experimenta um empobrecimento acelerado? É dogmaticamente aceitável qualquer flexibilização interpretativa para atender uma crise? Caso positivo, como harmonizar tal direcionamento com a necessidade de preservação da atividade econômica que passa por uma crise igualmente epidêmica? Quais os limites às revisões extraordinárias?

Deve-se proceder à destrinça entre as vítimas efetivas da pandemia que sejam merecedoras da tutela do direito e os que oportunisticamente almejam ganhos fáceis. Para tanto, é importante ter com clareza quais critérios podem viabilizar as modificações nas prestações ajustadas ou mesmo a resolução dos contratos e em qual medida elas devem ser aplicadas.

Sabe-se que há muitos séculos o direito civil lida com a permanente tensão entre a autonomia privada (e a força vinculativa do contrato) e o imperativo de justiça, a recomendar a revisão de ajustes que se tornem marcadamente iníquos.[1]

Historicamente, desde o século XII, o direito testemunha um movimento pendular que ora prestigia estritamente o que foi contratado (*pacta sunt servanda),* ora admite a consideração das alterações supervenientes ao *status quo* contemporâneo à contratação (*rebus sic stantibus).*[2]

Nos últimos tempos, por influxo do liberalismo no Brasil, havia franca opção por enfatizar a força vinculativa dos contratos, o que se extrai, inclusive, de vários dispositivos da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica). Contudo, em razão dos acontecimentos recentes e consoante já se percebe, haverá uma tendencial mitigação, por parte dos tribunais, da afirmada vinculatividade. Ocioso registrar que um Judiciário sensível ao estrito cumprimento do clausulado cria um ambiente de maior previsibilidade no tráfego jurídico, portanto, favorável de negócios. Cuida-se de orientação que atende ao bem comum à medida que é atrativa de investimentos.

Todavia, por influência de um compreensível sentimento de comiseração diante do quadro geral, teme-se a difusão de um revisionismo irrefreado. Assim, reforça-se a responsabilidade dos juízes na criação de padrões decisórios claros para a construção de uma jurisprudência que atenda aos reclamos do momento com o necessário equilíbrio e sem incorrer em qualquer dos pecados capitais: a omissão conveniente ou o intervencionismo exagerado.

---

1 TERRANOVA registra expressamente que parte da doutrina e da jurisprudência encontram o fundamento da cláusula *rebus sic stantibus* na equidade. Pode-se afirmar, então, ser ela um mecanismo para concretização do sentimento de justiça contratual no caso concreto (TERRANOVA, Carlo G. **Il Codice Civile Commentario - L'eccessiva onerosità nei contratti.** Milão: Giuffré, 1995, p. 17).

2 MENEZES CORDEIRO traz o escorço histórico, anotando expressamente quanto à cláusula *rebus sic stantibus* uma "evolução pendular quanto ao tema: os juristas do século das luzes vieram a apoiar e, depois, a desamparar, de novo, a doutrina da *clausula."* (MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português.** Coimbra: Editora Coimbra, 2010, v. II, t. IV. p. 269).

Nesse contexto singular, aos juízes é confiada a excelsa responsabilidade de, dentro do sistema de precedentes que o CPC/2015 pretendeu inaugurar, clarear os caminhos e dar densidade a preceitos normativos resultantes da aplicação do direito a casos concretos, construindo um indicativo estável para todos aqueles envolvidos no tráfego jurídico.

Como bem lembra MENEZES CORDEIRO:

> Há que se reconhecer, no sistema jurídico, a existência de fracturas, de contradições, de vácuos intra-sistemáticos, que só a nível da decisão podem ser solucionados. A alteração das circunstâncias representa assim uma zona de crescimento do Direito, onde o aplicador tem de decidir na base de modelos que comportam pontos de vista contraditórios. No fundo, ela deriva da tensão existente entre as insuficiências do Direito e o dever imperioso de não denegar justiça, quando ela seja pedida aos tribunais.[3]

Aqui, o esforço é pela delimitação de um novo âmbito de legitimidade interventiva (ou seja: quando a intervenção do Judiciário será legítima), afastada, de logo, a abertura de uma via irrestrita para juízos de equidade, hipótese expressamente interdita em expressa previsão legal (parágrafo único do art. 140 do CPC).

Neste ensaio, pretende-se a enunciação de critérios gerais para a atividade decisória no contexto presente, como forma de trazer alguma previsibilidade diante de um ambiente novidadeiro e, com isso, fomentar a segurança jurídica essencial à estabilidade das relações econômicas.[4]

2 Revisão dos contratos: alteração das circunstâncias e a (re) distribuição dos riscos

A modificação das obrigações por fatos supervenientes teve desenvolvimento dogmático a partir das construções havidas na Alemanha, de onde se espraiou para outros ordenamentos europeus. Em Portugal, é referida genericamente como alterações das circunstâncias. São várias as teorias doutrinárias voltadas à enunciação dos pressupostos e limites à revisão dos contratos, com particular destaque para a alteração da base do negócio (*Geshäftsgrundlage)*, adotada explicitamente pelo Código Civil Alemão e pelo legislador português.[5]

---

3 *Idem*, p. 313.

4 OTERO afirma expressamente que uma das emanações da segurança jurídica é a "garantia decorrente da previsibilidade de que tais decisões concretas se traduzirão na aplicação ao caso individual de critérios já fixados em termos gerais por normas jurídicas antecipadamente conhecidas". (OTERO, Paulo. **Lições de introdução ao estudo do direito.** Lisboa: Pedro Ferreira, 1998, vol. 1, t. I, p. 204).

5 Sobre as teorias existentes, designadamente ver MENEZES CORDEIRO, que é um crítico da teoria da

Na sua concepção original, construída por OERTMANN, base do negócio "consiste na representação de uma das partes, reconhecida e não contestada pela outra, ou na representação comum aos vários intervenientes, sobre a existência de certas circunstâncias tidas como fundamentais para a firmação da vontade". [6]

A regra em qualquer país situado em patamares avançados de desenvolvimento civilizatório é o estrito cumprimento ao quanto pactuado. Cuida-se, para além de imperativo da segurança jurídica, de requisito essencial à sanidade econômica de qualquer nação. As exceções dependem do atendimento aos pressupostos indicados no respectivo ordenamento jurídico. Assim é aqui no Brasil.[7]

Na verdade, subjacente ao regime jurídico das relações obrigacionais está posta uma matriz de distribuição de risco. Aos sujeitos no tráfego jurídico são imputados riscos pelas superveniências, sendo certo que "as normas de risco não são meros postulados técnicos: elas correspondem a imperativos de justiça".[8]

---

base do negócio, dizendo-a uma "fórmula vazia". (idem, pp. 281). Em sentido contrário, defendendo-a e sublinhando adoção da teoria na codificação portuguesa, ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral.** Coimbra: Editora Coimbra, 1999, v. 2, pp. 414-415).

6 ALMEIDA COSTA, Mário Julio. **Direito das Obrigações.** Coimbra: Almedina, 2004, p. 295. Não há unanimidade quanto à definição. Alguns autores, em entendimento que traz alguma insegurança, dispensam da base negocial o respectivo reconhecimento por ambas as partes. É o caso de Paulo Lobo, que afirma que "A teoria da base negocial objetiva só considera o conjunto de circunstâncias cuja existência ou permanência é tida como pressuposto do contrato, ainda que o não saibam as partes ou uma das partes." (LÔBO, Paulo. **Direito civil:** volume 3 – contratos. 4.ª ed. [eletrônica] São Paulo: Saraiva, 2018).

7 TARTUCE enuncia os requisitos para a revisão dos contratos com base nos arts. 317 e 478 do CC de acordo com o entendimento consolidado na doutrina nacional: 1.º Requisito – O **contrato** deve ser, em regra, **bilateral ou sinalagmático**, trazendo direitos e deveres para ambas as partes. Todavia, como exceção, o art. 480 do CC admite a revisão dos contratos unilaterais. 2.º Requisito – O contrato deve ser **oneroso**, com prestação e contraprestação, para que a eventual onerosidade excessiva esteja presente. 3.º Requisito – Deve assumir o negócio a **forma comutativa**, tendo as partes envolvidas ciência quanto às prestações. A revisão por imprevisibilidade e onerosidade excessiva não poderá ocorrer caso o contrato assuma a forma aleatória, em regra, instituto negocial tipificado nos arts. 458 a 461 do CC. Entretanto, como se sabe, os contratos aleatórios têm uma parte comutativa, como é o caso do prêmio pago nos contratos de seguro. Nesse sentido, é possível rever a parte comutativa desses contratos, diante da presença da onerosidade excessiva. (...) 4.º Requisito – O contrato deve ser de **execução diferida ou de trato sucessivo**, ou seja, deve ainda gerar efeitos no tempo (art. 478 do CC). Em regra, não é possível rever contrato instantâneo, já celebrado e aperfeiçoado. Repise-se que o contrato de execução diferida é aquele em que o cumprimento ocorre de uma vez só no futuro. No contrato de trato sucessivo, o cumprimento ocorre repetidamente no tempo, de forma sucessiva (...). 5.º Requisito – Exige-se um **motivo imprevisível (art. 317)** ou **acontecimentos imprevisíveis e extraordinários (art. 478)**. (...) 6.º Requisito – Para que a revisão judicial por fato imprevisto seja possível, deve estar presente a **onerosidade excessiva** (ou *quebra do sinalagma obrigacional*), situação desfavorável a uma das partes da avença, normalmente à parte mais fraca ou vulnerável, que assumiu o compromisso obrigacional. Essa onerosidade excessiva é denominada por Álvaro Villaça Azevedo como *lesão objetiva* ou *lesão enorme* (*laesio enormis*). Deve-se entender que o fator *onerosidade*, a fundamentar a revisão ou mesmo a resolução do contrato, não necessita da prova de que uma das partes auferiu vantagens, **bastando a prova do prejuízo e do desequilíbrio negocial**." (TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. vol. ún. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 438-439).

8 MENEZES CORDEIRO, *idem,* p. 296.

Os prejuízos eventualmente sofridos recaem nas esferas jurídicas nas quais se verifiquem, daí a origem de expressões cujas origens remontam ao período justinianeu: *res perit domino, casum sentit dominus, casum sentit creditor, the loss lies where it falls.* Nos contratos sinalagmáticos, a regra da distribuição de riscos sugere que, tornando-se inviável a entrega da prestação por um dos contratantes, sem culpa deste, extingue-se a obrigação da contraparte (*casum sentit creditor)*.[9]

A assunção de riscos é uma expressão da autonomia privada. De acordo com as previsões legais e contratuais, é certo que quem contrata é capaz de, previamente, saber quais as regras gerais para as perdas que não sejam atribuíveis à contraparte ou ao terceiro. A variação de preços, a depreciação ou o perecimento de bens e a impossibilidade material da entrega da prestação são algumas das situações possíveis. É da essência da economia contratual que uns ganhem e outros percam no âmbito das relações negociais.

Ao contrário do que pretendem alguns, não há norma geral que assegure, mediante um juízo de equidade (*reductio ad aequitatem)*, a redistribuição de prejuízos resultantes do malogro de qualquer dos contratantes por fatos supervenientes, ainda que decorra de circunstância injusta e inesperada.

No Código Civil brasileiro, a base normativa para a revisão dos contratos pode ser encontrada, sobretudo, nos artigos 317[10], 393[11], 478[12], 479[13] e 480[14]. Da leitura do teor dos referidos dispositivos legais se infere uma limitação à admissibilidade das revisões. Aqui, obviamente, não se pretende um aprofundamento analítico apto a exaurir as nuances específicas de cada dispositivo, nem tampouco discorrer sobre as divergências existentes na doutrina no que toca à delimitação dos tipos legais.

Primeiro cumpre registrar a existência de um consenso no sentido de que só as alterações objetivas, relacionadas à prestação, é que relevam para

---

9 "Nos denominados contratos bilaterais, o risco, de algum modo, distribui-se pelas partes: o credor vê desaparecer o seu direito pela impossibilitação da prestação, mas exonera-se da contraprestação, tendo a faculdade, se já a houver realizado, de a reaver nos termos do enriquecimento sem causa." (MENEZES CORDEIRO, idem, p. 295).

10 Art. 317 CCB – "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

11 Art. 393 CCB – "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo Único – O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

12 Art. 478 CCB – "Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

13 Art. 479 CCB – "A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato."

14 Art. 480 CCB – "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva."

fins de perquirição da revisibilidade.[15] Àquele que perde o emprego ou é acometido por moléstia grave não é dado, por exemplo, pretender eximir-se do pagamento das prestações pecuniárias por ele assumidas.[16] São as alterações na economia interna do contrato que podem atender aos pressupostos à revisão (ou à resolução) dos contratos.

Nem a desgraça pessoal, nem a ventura trazida em superveniência é motivo suficiente para uma alteração nos ajustes contratuais. Os ganhos inesperados e as perdas imprevistas são da fisiologia das relações negociais.[17]

O art. 317 do CCB permite o reajuste monetário das prestações que, pelo decurso do prazo e por superveniências imprevisíveis, redundaram em

---

15 "Os contratos são feitos para serem cumpridos – pacta sunt servanda. Ao lado desse princípio há a teoria da imprevisão, ou cláusula rebus sic stantibus. **Se as condições objetivas existentes à época se modificam substancialmente no período de execução do contrato**, onerando excessivamente uma das partes, esta poderá requerer em juízo a revisão do contrato com fundamento na teoria da imprevisão." (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 3: contratos, 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 65). "**Questões meramente subjetivas do contratante não podem nunca servir de pano de fundo para pretender uma revisão nos contratos**. **A imprevisão deve ser um fenômeno global, que atinja a sociedade em geral, ou um segmento palpável de toda essa sociedade**. É a guerra, a revolução, o golpe de Estado, totalmente imprevistos. Muitas teorias procuraram explicar o fenômeno, todas formando um complexo doutrinário." (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos, 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 88). "Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido **modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução**, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. **Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações**, **porém a ocorrência de** **um acontecimento extraordinário**, que tenha operado a **mutação do ambiente objetivo**, em tais termos que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só o enriquecimento de um e empobrecimento do outro." (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos, rev. e atual. Caitlin Mulholland. – 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 180-181).

16 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS. REDUÇÃO DA RENDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário firmado pelo SFH, visando a renegociação do valor das prestações mensais e o alongamento do prazo de liquidação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. 2. O Tribunal de origem, examinando as condições contratuais, concluiu que o recálculo da parcela estabelecida contratualmente não está vinculado ao comprometimento de renda do mutuário, mas sim à readequação da parcela ao valor do saldo devedor atualizado. Nesse contexto, entendeu que, **para justificar a revisão contratual, seria necessário fato imprevisível ou extraordinário, que tornasse excessivamente oneroso o contrato, não se configurando como tal eventual desemprego ou redução da renda do contratante**. 3. Efetivamente, a caracterização da onerosidade excessiva pressupõe a existência de vantagem extrema da outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível. **Esta Corte já decidiu que tanto a teoria da base objetiva quanto a teoria da imprevisão "demandam fato novo superveniente que seja extraordinário e afete diretamente a base objetiva do contrato**" (AgInt no REsp 1.514.093/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 7/11/2016), não sendo este o caso dos autos. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1.340.589/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 27/05/2019).

17 Como bem lembra VARELA, tratando especificamente de uma compreensão bastante restritiva do que se entende impossibilidade de cumprimento, afastando-se o infortúnio pessoal como escusa para o inadimplemento: "A dureza que a solução possa revestir em certos casos, forçando o devedor a sacrifícios aparentemente excessivos para cumprir, não é ao direito civil, através do afrouxamento do vínculo obrigacional, que compete atenuá-la, mas ao direito processual civil, impedindo na acção executiva a penhora e a venda judicial de bens essenciais à vida e ao sustento do executado e de seu agregado familiar" (VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** Coimbra: Almedina, 1997, v. 2, p. 73)

uma "desproporção manifesta" (note-se que há de ser uma desproporção qualificada) entre prestação e contraprestação. São tidas como aplicáveis, sobretudo, às obrigações pecuniárias e às dívidas de valor e visam à promoção do reequilíbrio do contrato. Evita-se que um dos contratantes perceba vantagem indevida à custa do prejuízo da contraparte. Ou seja: buscando o "valor real da prestação" pretende-se evitar que o devedor tenha perdas significativas enquanto o credor aufira a correspondente vantagem indevida.[18]

Aqui abro parênteses para exemplificar o quão relevante pode ser a consideração sobre as particularidades do caso concreto e a compreensão das circunstâncias que enformam a base do negócio. Imaginemos um negócio jurídico no qual as partes, em cláusula de reajuste visando à preservação do valor da prestação, tenham pactuado impor à prestação pecuniária o índice de variação do preço do petróleo no mercado internacional. Suponhamos, então, a ocorrência de uma variação muito expressiva no preço do petróleo. O propósito negocial do reajuste era, incialmente, o de recomposição de valor, evitando-se perdas. Todavia, na hipótese aventada, a base do negócio não compreendia a percepção de ganhos especulativos. Seria, assim, admissível a aplicação à espécie do art. 317 do CCB, com a revisão do contrato.

A letra do art. 478 do CCB, tratando da resolução por onerosidade excessiva, também restringe a respectiva incidência às situações nas quais, em contratos de execução continuada ou diferida, "a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra". Aí também se anota a existência de pressupostos específicos: alguém há de estar auferindo "extrema vantagem" à custa de um excessivo ônus que é imposto a outrem.

Ou seja: se um sujeito na relação contratual sofre perdas consideráveis sem ganhos correspondentes da contraparte, não há lugar para a resolução (ou para a revisão nas hipóteses dos arts. 479 e 480 do mesmo diploma legal).[19]

Mesmo o Código de Defesa do Consumidor, em previsão contida no respectivo art. 6º, inc. V, abraça a onerosidade excessiva como condição à

---

18 Pontua DINIZ que "O magistrado poderá, mediante requerimento da parte interessada, atualizar monetariamente o valor da prestação contratual, se motivo imprevisível e superveniente o tornar desproporcional, em relação ao estipulado ao tempo da efetivação negocial. O órgão judicante deverá, na medida do possível, corrigir o valor da prestação, atendendo ao seu valor real. Com isso, acatado estará o princípio da equivalência das prestações. Aceita está a "teoria da imprevisão". (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007. V. 2, pp. 93-94).

19 Nelson Rosenvald pontua que", **três fatores** remeterão um contrato de duração - seja ele comutativo ou aleatório - à resolução: 1) eclosão de **fato superveniente extraordinário** que gere **onerosidade excessiva**; 2) **acontecimento imprevisível**; 3) **extrema vantagem para a outra parte**." (ROSENVALD, Nelson. **Código Civil comentado**. art. 478. PELUSO, Cezar (coord.) 12.ª ed. São Paulo: Manole, 2018, p. 517). É de destacar, ainda, que o princípio da preservação dos contratos impõe a revisão, em qualquer circunstância como opção preferencial, nos termos da conclusão contida no enunciado 176, da Jornada de Direito Civil – CJF/STJ: *"Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual."*.

revisão contratual. Note-se que, para a modificação da prestação imposta ao consumidor, dispensada a imprevisibilidade, exige-se que haja a respectiva oneração qualificada (excessiva).[20]

No que toca ao reforço da excepcionalidade da revisão dos contratos civis em nosso ordenamento, temos de aludir às alterações da Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) ao Código Civil, designadamente a previsão contida no respectivo artigo 421 do CCB.[21] Também digna de nota a previsão do art. 421-A, na qual se estabelece a presunção de paridade e simetria nos contratos civis e empresariais, prevendo expressamente que "*a revisão contratual, quando cabível, somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*".

Cuidam-se de opções políticas legítimas do legislador que, em atenção à previsibilidade que convém à atividade econômica, claramente limita as intervenções judiciais nos contratos, operando-se na hipótese as regras ordinárias de distribuição de riscos. O dispositivo, mesmo em situações emergentes da Covid-19, serve de norte hermenêutico.

No que respeita à pandemia, em que pese as divergências no enquadramento conceitual (caso fortuito ou de força maior), tem-se que a magnitude e imprevisibilidade das consequências atendem a um dos requisitos para a incidência do art. 393 do CCB, afastando a imputabilidade ao devedor do incumprimento (absoluto ou relativo) dos contratos. Bem por isso, mesmo em contratos aleatórios, cuida-se de risco que desborda de qualquer margem previsibilidade dos contratantes e, portanto, não exclui a possibilidade de revisão/resolução, atendidos os respectivos pressupostos.[22]

Mas também aqui é necessário atinar para a respectiva dimensão objetiva, sendo desimportantes as circunstâncias subjetivas já referidas anteriormente. Assim, por exemplo, em se tratando de obrigação pecuniária, as vicissitudes pessoais (internação como decorrência da contaminação, perda do faturamento decorrente do fechamento do comércio, etc.) decorrentes da pandemia são absolutamente irrelevantes para uma revisão à luz do Direito vigente.

Situação diferente, por exemplo, do músico contratado para uma apresentação que restou inviabilizada pela decretação do "lockdown", tornando o deslocamento impossível, ou do empreiteiro que teve o canteiro interditado para evitar a aglomeração de pessoas, gerando o retardamento na entrega da obra. No primeiro caso o contratante estaria desobrigado do pagamento

20 Art. 6º CDC – São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

21 Art. 421, parágrafo único do CCB – "*Nas relações contratuais* privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual".

22 Nesse sentido a Enunciado 439, da Jornada de Direito Civil – CJF/STJ: *"É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.*

da contraprestação e o músico, uma vez o tendo recebido, teria de restituir as partes ao *status quo ante,* devolvendo valores eventualmente recebidos, sob pena de enriquecimento sem causa. No segundo, a entrega da obra poderia ser postergada, sem que tivesse lugar a mora (art. 396 do CCB).

3 A absoluta singularidade das circunstâncias presentes, os padrões decisórios e a jurisprudência de exceção

Não se pode desconsiderar a magnitude das repercussões sociais da pandemia da Covid-19, as quais se revelam absolutamente imprevisíveis. A analogia com as grandes conflagrações bélicas é mais que adequada. Talvez, aliás, o impacto da pandemia nas economias seja ainda mais agudo que nas guerras. Hoje, ao contrário de outrora, vivemos em uma economia globalizada e, mesmo nos dois conflitos mundiais, não houve a paralisação generalizada das economias nacionais, como são exemplos os países da América do Sul, onde praticamente não houve afetação direta quando das grandes guerras.

A doutrina reconhece fenômenos assemelhados como desencadeadores de efeitos jurídicos singulares, notadamente no campo das relações obrigacionais. Juristas portugueses e alemães inserem-nos na categoria conceitual das “grandes alterações das circunstâncias” ou “grande base do negócio”.[23] A história dá conta de grandes desenvolvimentos que foram incorporados ao direito na sequência de aplicações vanguardistas de institutos jurídicos realizadas em momentos de crise.

Sobre o ponto, há interessante estudo de LOBBAN tratando especificamente dos impactos jurídicos da Primeira Grande Guerra em vários países europeus, onde anota que

> esta nova forma de guerra teve claro impacto no plano do direito de propriedade, contratos e obrigações, enquanto novas formas de regulação e controle do Estado interferiram em áreas dominadas pelos jusprivatistas. Ao mesmo tempo, novos problemas deflagrados pela guerra geraram novos desafios doutrinários que reclamaram solução pelos tribunais, pavimentando o caminho para a respectiva recepção pelo direito privado.[24]

23 MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português.** Coimbra: Editora Coimbra, 2010, v. II, t. IV, p. 326.

24 LOBBAN, Michael. Special issue the Great War and private law: Introduction Lobban. Reino Unido: Hart, 2014, p. 165, consultado em 12.5.2020 no endereço eletrônico http://eprints.lse.ac.uk/61612/1/introduction%20_%20the_great_war_and_private_%20law.pdf. . Também VARELA dá conta que, na Alemanha, durante primeira guerra mundial, houve um alargamento do conceito de impossibilidade de cumprimento da prestação para fazer frente ao contexto existente. Na altura, alguns setores da doutrina alemã “consideravam liberatória, em certos termos, a mera impossibilidade relativa ou econômica” (VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** Coimbra: Almedina, 1997, v. 2, pp. 68-69).

A tendência é que, pelo menos para a regulação dos efeitos jurídicos da pandemia, construa-se uma jurisprudência de exceção, que deverá atender à finalidade precípua de solucionar os significativos desafios do momento. Os precedentes criados podem ser construídos com a especificação do contexto fático, restringindo a aplicabilidade a situações exsurgidas na pandemia, isso como forma de reprimir futuros efeitos indesejáveis.

De toda sorte, é confiada aos juízes a missão de velar pela criação de padrões decisórios claros, evitando casuísmos animados pelo sentimento de comiseração e permitindo que a justiça seja administrada com observância à igualdade reclamada para todos os cidadãos em situação idêntica. Cumpre, ainda, ao especificar as premissas fáticas, ponderar a afetação de ambas as partes contratantes aos efeitos da pandemia, deixando clara a imprestabilidade do precedente para situações outras, situadas fora do contexto pandêmico.

A responsabilidade é enorme, já que, por razões óbvias, magistrados não possuem o conjunto de informações necessário à aferição dos efeitos macroeconômicos dos padrões decisórios que venham a ser estabelecidos. Há de se preferir a via legislativa, sempre mais apta à eleição de critérios gerais uniformes (assegurando a igualdade) e eficientes. MENEZES CORDEIRO anota que, precisamente por tal razão, o Supremo Tribunal de Justiça português foi "cauteloso" e resistiu à consideração da Revolução dos Cravos como circunstância legitimadora da revisão dos contratos por alteração na base do negócio. Segundo ele, em casos tais, ao juiz cabe a ponderação dos efeitos da decisão não apenas no caso concreto, mas também na sociedade, considerados os casos análogos que mereçam idêntico tratamento.

Adverte o referido autor lusitano que,

> Perante uma modificação ambiental de vulto, todas as situações singulares são, em princípio, tocadas por igual. Uma decisão isolada que provoque determinada adaptação pode, perante as outras, ter consequências distorcidas: a sua ponderação requer a instrumentalização própria dos departamentos técnicos que é suposto auxiliarem o legislador na sua tarefa. Por outro lado, a solução pontual solicita que todos os problemas análogos, uma vez colocados judicialmente, terão saída similar: a revisão de um contrato deixa esperar revisões de todos os pactos semelhantes, e assim por diante. Entra-se num domínio de grandes proporções, onde a regulação terá de ser genérica: de novo se solicita a intervenção do legislador.[25]

Por tal motivo, pode-se reafirmar a necessidade de parcimônia nas intervenções, bem como um sério esforço no que toca ao atendimento do "bem

---

25 Idem, p. 329.

comum" que, em perspectiva mais ampla, costuma ser atendido mediante o minimizar das revisões, atendendo-se estritamente ao pactuado.

Em situações de perdas generalizadas, a multiplicação de decisões em casos individuais pode trazer reflexos econômicos extremamente perniciosos e imprevistos, levando à paralisia ou à quebra de agentes econômicos ou de segmentos empresariais importantes. Este será um ponto sempre digno de consideração.

Mesmo assim, observadas as considerações acima trazidas, não se pode ignorar que incontáveis situações particulares dignas de proteção pelo ordenamento jurídico se apresentarão. E o ferramental dogmático disponível talvez reclame desenvolvimentos que se darão, necessariamente, a partir da aplicação do Direito aos casos concretos.

Bem por isso há de se ter, como condição à utilização de um importante sistema de precedentes que o CPC/2015 pretendeu criar, uma preocupação singular na densificação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, trazendo previsibilidade e ensejando uma uniformidade da aplicação do ordenamento jurídico.

Assim, reforça-se o dever de observância aos elementos da decisão, designadamente: *i)* a identificação do caso com a indicação das particularidades fáticas (destinando-se, para tal desiderato, particular atenção ao relatório, mesmo nas ações em trâmite perante os juizados especiais) (art. 489, I, do CPC); *ii)* a enunciação dos fundamentos decisórios com especial atenção ao preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e a declinação clara dos motivos concretos da sua incidência ao caso (art. 489, II, do CPC), e, *iii)* a justificação do objeto e dos critérios gerais de ponderação de normas, explicitando-se as razões pelas quais se deu o afastamento de determinada norma em prestígio de outra e quais as premissas fáticas que autorizam a conclusão (art. 489, § 2º do CPC).

4 O dever de solidariedade contratual como uma manifestação da boa-fé

A boa-fé nos contratos, no direito brasileiro, encontra raízes desde as Ordenações Afonsinas (Livro IV, Tit. V), que representaram a principal fonte do direito até a vigência do Código Civil brasileiro de 1916. O desenvolvimento da doutrina da boa-fé, contudo, deu-se na Alemanha a partir da vigência do BGB em 1900. A partir do § 242 do BGB, consagradora de uma norma "aberta", construções doutrinárias e jurisprudenciais desenvolveram figuras que se consolidaram, influenciando subsequentemente vários códigos europeus. A resolução por onerosidade excessiva, a revisão contratual, a lesão e o estado de perigo são figuras associadas originalmente à boa-fé.[26]

---

26 Sobre o tema ver DUARTE, Ronnie Preuss. **Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 817, pp. 50-78.

A doutrina portuguesa, fortemente impactada pelo modelo alemão e com dispositivo de conteúdo assemelhado ao nosso 422 do CCB (art. 762, 2º do Código Civil português), diz que a referência à boa-fé é "uma das janelas do sistema", apta à promoção da oxigenação do direito.[27] E em momentos de aguda crise, como aquele agora vivenciado, o recurso à boa-fé é ferramental de grande utilidade para juristas e aplicadores do direito. É, para usar a metáfora empregada por GALLO ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados, um "cheque em branco" ou uma "delegação" que o legislador concede à jurisprudência e ao intérprete.[28]

LOBBAN dá conta que, ainda durante a Primeira Guerra Mundial, os juízes franceses iniciaram a aplicação da teoria da *imprevisión* aos contratos que se tornassem "severamente onerosos", em posição que não contou posteriormente com a simpatia dos tribunais de apelação. Na Itália e na Áustria, contudo, houve uma ampliação na aplicação da doutrina da "força maior" para excluir o cumprimento de prestações que tivessem se tornado "proibitivamente onerosas" ou que impusesse prestações "irrazoáveis". O autor acrescenta que o direito alemão não contava com previsão acolhendo a cláusula *rebus sic stantibus,* e os tribunais alemães, que inicialmente recalcitraram nas revisões, permitiram a escusa de cumprimento de contratos que se tornassem "desproporcionalmente onerosos" para uma das partes.[29]

São vários os exemplos de construções doutrinárias e jurisprudenciais criadas sob a pressão de efeitos de conflitos mundiais, notadamente mediante a extração de deveres anexos, não previstos expressamente na legislação, mas a partir de textos legais consagradores de conceitos jurídicos indeterminados. As figuras da onerosidade excessiva e da *supressio* são dois exemplos de construções que, partindo da cláusula geral da boa-fé, vieram a ser consagradas na doutrina e na jurisprudência no contexto de crise decorrente de conflitos bélicos.[30] Inclusive, no caso da onerosidade excessiva, com a positivação de disciplina autônoma em vários ordenamentos jurídicos alterados sob inspiração alemã, dispensando-se a partir de então o recurso à cláusula geral.[31]

---

27 VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral do direito civil: relatório.** Lisboa: Editora FDUL, 2000, p. 65.

28 Diz o autor, ainda, que seriam "um tipo de anel de conjunção ou de ligação entre aquela que é esfera típica do legislador e aquele que é, por seu turno, o campo de ação do intérprete e do juiz". (GALLO, Paolo. **Buona fede oggetiva e transformazioni del contrato.** *Rivista di Diritto Civile***.** Pádua: Editora Cedam, n. 2, mar-abr, 2002, p. 240).

29 Idem, pp. 183-185.

30 NEVES também lembra de decisão do Supremo Tribunal Alemão que, no contexto de crise imediatamente posterior à Primeira Grande Guerra admitiu a "Aufwertung" (reavaliação da moeda). (NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações.** Rio: Editora GZ, 2018, p. 198).

31 MENEZES CORDEIRO, em afirmativa expressamente refutada por LOBBAN, registrou que "a grave crise econômica registrada na Alemanha, no espaço entre as duas guerras, levou a jurisprudência a reconhecer definitivamente eficácia à alteração das circunstâncias, em nome da boa fé" (*idem,* p. 274). Em outra obra, sobre a *surrectio,* ver, do mesmo autor, o **Tratado de direito civil português.** Coimbra: Almedina, v. 1, 1999, p. 206.

Aqui no Brasil, para os fins perseguidos no presente trabalho, é de se referir à doutrina de SCHREIBER que, nestes tempos de pandemia tem angariado muita simpatia, por potencialmente servir de apanágio para a litigância excessiva que se prevê em razão da crise instalada. Em livro lançado em 2018, o jurista carioca defende, a partir da boa-fé objetiva (art. 422 do CPC), a criação de um dever de renegociação dos contratos em desequilíbrio.

Para o autor, verificada uma situação de desequilíbrio contratual e sem a necessidade de previsão normativa específica, impõe a cláusula geral da boa-fé que o atingido, como dever anexo, cuide de "avisar prontamente à contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado", existindo a partir daí um "dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato". O dever de cooperação quedaria violado no caso de inércia diante do convite à renegociação. Não haveria, segundo SCHREIBER, a obrigação de aceitar a propostas, mas tão-somente o de entabular tratativas sérias com vistas ao reequilíbrio contratual, endereçando respostas em tempo razoável: a pronta interação e a comunicação satisfariam o dever lateral. Seria uma "obrigação de meio" e não de resultado.[32]

Prosseguindo sobre os efeitos da violação do dever de renegociação, refere à doutrina e jurisprudência alienígenas que admite as seguintes consequências para a violação do dever de renegociação: o dever de reparar os danos sofridos, a preclusão da via judicial, a invocação da exceção de contrato não cumprido, a execução específica do dever de renegociar ou, finalmente, o direito à resolução. SCHREIBER posiciona-se no sentido de ser fonte potencial de responsabilidade civil, reconhecendo-se, todavia, as dificuldades práticas de identificação e de liquidação do dano.[33]

O dever de renegociação, de inegável relevo nestes tempos pandêmicos, insere-se, como dito, num dever mais amplo de cooperação. Trata-se, no fundo, de uma demonstração de boa vontade voltado ao desprendimento de esforços na tentativa de evitar a judicialização. A sua incidência, com a devida documentação, é de suma relevância para os fins de prova da violação do dever de solidariedade, nas condições presentemente defendidas.

Mas o dever de cooperação pode ser visto em maior amplitude em circunstâncias absolutamente extraordinárias. ERHARDT JUNIOR, em escrito publicado em 2007, tratou dos reflexos do princípio constitucional da solidariedade, admitindo a possibilidade de se impor, nas relações contratuais, "atos de auxílio mútuo (colaboração), a partir de uma perspectiva solidarista". Na altura já advertia para a necessidade de cuidar "para que tal doutrina não se torne justificativa ideológica a um intervencionismo desorientado".[34]

---

32 SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar.** São Paulo: Saraiva, 2018, kindle, Pos 4864 de 12806 e ss.

33 Idem, pos 5081 de 12086 e ss.

34 ERHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. **O princípio constitucional da solidariedade**

Evitando a perplexidade dos adeptos do liberalismo, é de se dizer da necessidade de uma aplicação parcimoniosa do referido dever, sempre a partir de limites definidos, evitando-se que a moral submeta o direito, trazendo insegurança e escancarando as portas para juízos puros de equidade.

A jurisprudência traz exemplos concretizadores do solidarismo contratual, a exemplo dos incontáveis precedentes do Superior Tribunal de Justiça reafirmando, há muito, a teoria do adimplemento substancial. Em acórdão relatado pelo ministro ROSADO DE AGUIAR, à míngua de expressa previsão legal, entendeu-se que "não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerado o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora".[35]

Mais recentemente, em acórdão relatado pelo ministro VILLAS BOAS CUÊVA, acolheu-se a exceção de ruína para alterar o regime de um plano de saúde coletivo cujo regime, se mantido, seria ruinoso para a empresa fornecedora, levando-a potencialmente à quebra da sociedade com prejuízo para todos os conveniados. Houve uma oneração coletiva dos consumidores para assegurar a manutenção da atividade econômica em benefício comum. É de se destacar a referência expressa, no acórdão, à "função social do contrato e solidariedade intergeracional, trazendo o dever de todos para a viabilização do próprio contrato de assistência médica." Registrou-se, ainda, na altura, a existência de "Vedação da onerosidade excessiva tanto para o consumidor quanto para o fornecedor (art. 51, § 2º do CDC)".[36]

Os princípios constitucionais da solidariedade (art. 3º, I, da CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), apesar de banalizados há algum tempo em textos jurídicos, merecem referência por encontrarem, nos precedentes acima referidos, bem como na proposta agora apresentada, alguma concretização.

Desse modo, não há causa de perplexidade na proposta de se reconhecer, em determinadas situações, um dever de solidariedade. Não sob uma perspectiva romântica que imponha o dever moral de auxílio e de repartição equânime de perdas em ambiente de interesses legítima e essencialmente antagônicos, como sói ocorrer no âmbito das relações contratuais.

Uma solidariedade que, destaque-se, é recíproca e não se dirige necessariamente ao contratante hipossuficiente. Nas relações de massa, em situações extremas, a imposição de uma conduta solidária e de pequenos sacrifícios em desfavor de uma coletividade de contratantes afigura-se possível.

---

e seus reflexos no campo contratual. publicado em 05/2007 no sítio www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/9925/1, em consulta realizada em 13/5/2020.

35 REsp 469.577/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 25.3.2003, DJU 05.05.2003, p. 310.

36 Resp 1479420/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 01.09.2015, DJe 11.09.2015.

A proteção transitória da contraparte, em teoria economicamente mais forte, pode se fazer necessária para a preservação da atividade de organismos econômicos e até de setores da economia, atendendo-se ao bem comum, inclusive para fins concorrenciais, ao evitar falências e a concentração em determinados segmentos.

Anote-se que a medida de normatização de um regime emergencial deve ser adotada preferencialmente pelos poderes Executivo ou Legislativo, como ocorreu com as medidas provisórias 925/2020 e 948/2020, quando um regime especial foi instituído para a proteção dos setores da aviação civil, do turismo e da cultura. Contudo, em situações extremas, consideradas as circunstâncias, também o estado-juiz poderá fazê-lo. Como já indicado, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a exceção de ruína para adequações em relações coletivas.

Em tempos de sofrimento extraordinário e com base na boa-fé, o que se afirma é a possibilidade residual, em situações-limite, do juiz, ponderando as circunstâncias presentes no caso concreto, inclusive as condições subjetivas (pessoais) dos litigantes, proceder à mitigação de prejuízos escandalosos a uma das partes, sempre que a medida em causa impuser perdas mínimas à contraparte. Pode-se ainda, admitir a eliminação de penalidade eventualmente prevista, reduzida equitativamente a zero com base no permissivo contido no art. 413 do CCB.

É oportuno frisar que, considerado o contexto da pandemia, mesmo fora do âmbito das relações contratuais, o solidarismo também pode ser imposto por violação à boa fé subjetiva, agora já com base no art. 187 do CCB. Assim, sempre que na situação específica o exercício de direito subjetivo (inclusive direitos potestativos) ou de posição jurídica individual se configurar como extremamente lesiva a outrem, sem benefício correspondente para o respectivo titular, poderá o juiz determinar as medidas adequadas para a asseguração do dever de solidariedade. A figura tem aplicabilidade potencial em relações familiares, condominiais e societárias.

Como bem pontuado por MENEZES CORDEIRO, "as instâncias de decisão – *maxime,* os tribunais – foram levadas, com ou sem o apoio da doutrina, a encontrar novas soluções, por vezes mesmo *contra legem.* Instáveis no início, essas soluções vieram a cristalizar-se em institutos que hoje ninguém poria em dúvida" e conclui dizendo que "apenas a inventividade permitirá encontrar soluções ainda redutíveis ao Direito e não ao mero arbítrio".[37]

37 Idem, p. 265.

5 Delimitando o âmbito extraordinário de incidência do dever de solidariedade

O grande desafio, no presente ensaio, é delimitar o âmbito de incidência do dever anexo em causa, evitando uma indesejável abertura para o cometimento de arbitrariedades, para a generalização de juízos de equidade e para a disseminação de insegurança jurídica.

A solidariedade que aqui se defende é limitada. Atende a situações específicas que exsurgem da pandemia. Se faz presente quando estiver, de um lado, parte exposta transitoriamente à iminente percepção de grave prejuízo patrimonial ou pessoal e, do outro, uma contraparte que não experimentará maiores danos com o retardamento do cumprimento ou com a temporária modulação da prestação de acordo com critérios de equidade.

Imaginemos a situação de um microempresário atuante num pequeno comércio ambulante que, em virtude do isolamento, tenha sofrido solução de continuidade operacional transitória, incorrendo em mora e passando severa privação. Imaginemos, ainda, que o veículo utilizado para a atividade comercial tenha sido ofertado em garantia a um grande banco, comprovando-se que, nas tratativas de renegociação, foi solicitada a postergação do vencimento para a oportunidade normalização das atividades comerciais, garantido o pagamento de todos os encargos contratados.

Em situação assemelhadas, visando a preservação do crédito do devedor e os prejuízos decorrentes da excussão da garantia, viável será a concessão de tutela jurisdicional para a suspensão temporária do pagamento, já que o banco credor não quedará exposto ao risco de percepção de prejuízos significativos.

Importante frisar que o dever de solidariedade é recíproco. Não se destina à proteção exclusiva de hipossuficientes ou de parte individualmente mais fraca. Grandes grupos empresariais podem ser beneficiários da norma. Em relações jurídicas homogêneas massificadas, por exemplo, a revisão ou a resolução de contratos em escala poderá comprometer a continuidade das atividades empresariais da contraparte, justificando a atuação da norma, desde que preenchidos os pressupostos.

Pela natureza excepcional, é de se recusar a respectiva incidência, por exemplo, de maneira indistinta a relações jurídicas massificadas e sem a consideração às particularidades individuais (de cada caso concreto). É de se evitar a sua aplicação no âmbito das ações coletivas, dada a dificuldade de se considerar a situação singular de cada indivíduo do grupo (substituídos no processo). A concessão linear de descontos ou moratórias é algo que pode impingir inaceitável dano à contraparte credora que também estará, provavelmente, atravessando período de crise.

Ilustremos com o exemplo de uma moratória no pagamento das prestações devidas em contratos de plano de saúde. A consolidação jurisprudencial do entendimento com a multiplicação de decisões em idêntico sentido, notadamente no caso de fornecedoras de pequeno e médio porte, terá o potencial de gerar uma crise de liquidez conducente à interrupção do pagamento dos prestadores de serviços (hospitais, clínicas e médicos), eventualmente levando a empresa à falência, em prejuízo de toda a rede de consumo.

É de se recusar, ainda, a aplicação do dever de solidariedade quando não houver desproporção entre a gravidade das repercussões nas esferas pessoais de ambos os contratantes. À guisa de exemplo, utilizemo-nos do mesmo exemplo trazido acima, do microempresário ambulante, todavia substituindo o banco credor por uma pessoa física igualmente afetada em seus rendimentos por força da Covid-19 e, portanto, com problemas de iliquidez. Ausente a desproporção, forçoso o afastamento da incidência do dever de solidariedade, cuja aplicação é circunscrita a situações excepcionais.

6 Dever de solidariedade em sua dimensão processual

O dever de solidariedade encontra uma dimensão processual. Autores modernos, a partir da disposição constante do art. 5º do CPC, referem a uma "cláusula geral de boa-fé processual" admitindo, também no processo, a proibição de condutas como o *venire contra factum proprium,* a *supressio* e a *surrectio,* já conhecidas pelos civilistas há muito. O dispositivo, contudo, regula a atividade processual dos sujeitos no processo. É dos atos processuais que cuida o referido artigo.[38]

A dimensão processual do dever de solidariedade é admissível por força da previsão contida no art. 8º do CPC, para o qual, "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade e a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência."

É na concretização do direito material, tornado efetivo por intermédio do processo sempre com a necessária atenção ao bem comum e à preservação da dignidade da pessoa humana que se abre a possibilidade das repercussões processuais do dever de solidariedade decorrente da boa-fé.

Dá-se como exemplo as situações de violação às obrigações contratuais já judicializadas, quando da execução de decisões definitivas ou provisórias. Estas, no presente momento, podem eventualmente materializar a violação do dever de solidariedade. A superveniência da pandemia é hipótese em que se defere ao réu a dedução de novas alegações nos autos (art. 342, I, do CPC), sendo ela um fato público e notório a dispensar a produção de prova (art. 374, I, do CPC).

---

38 Vide DIDIER. Fredie. **Comentários ao novo Código de Processo Civil.** CABRAL, Antônio do Passo Cabral e KRAMER, Ronaldo (orgs). Rio Forense, 2015, pp. 14 e 17.

O art. 493 do CPC permite, aliás, que, ouvida a adversa parte para evitar a prolação de decisão surpresa (nos termos do respectivo parágrafo único), o fato modificativo seja passível de conhecimento oficioso pelo juiz. Também o art. 933 do CPC permite a respectiva consideração oficiosa, por parte do relator, em grau de recurso.

A noção de "fato modificativo", para os fins aqui colimados, merece uma interpretação extensiva. Permite que os fatos novos conducentes à tutela do dever de solidariedade possam ser conhecidos de ofício pelo julgador para retardar os atos constritivos ou prejudiciais, preenchidos os pressupostos já referidos. Cuida-se de um fato novo ensejador de um impedimento temporário para a execução da decisão.[39]

Se, por ocasião da prolação da decisão e à luz do conjunto probatório existente, o juiz ou o relator constatarem situação em que o dever de solidariedade é merecedor de tutela, poderá retardar o cumprimento da decisão judicial, atendidos os pressupostos já indicados, nomeadamente a ausência de prejuízo de maior monta a ser suportado pelo beneficiário da tutela jurisdicional.

Imaginemos, por exemplo, uma relação locatícia envolvendo como locador um abastado industrial e como locatário sem recursos e cujo contrato de trabalho foi rescindido por força das consequências da Covid-19, tornando-se inadimplente em plena situação de "lockdown". Independentemente de qualquer previsão normativa, com base no dever de solidariedade que resulta da cláusula geral da boa-fé, o juiz poderia retardar extraordinariamente a efetivação do despejo.

No caso de ações em curso, admitida a possibilidade de consideração de superveniências fáticas, poderia o juiz suspender a execução do despejo ou, em grau de recurso, conceder-se efeito suspensivo temporário, até a normalização das atividades sociais.

7 Síntese conclusiva

1) A história anota um movimento pendular entre o cumprimento estrito dos ajustes (*pacta sunt servanda)* e a revisão dos ajustes contratuais marcantemente iníquos (*rebus sic stantibus).* No Brasil, por força do liberalismo que grassa e em atenção à criação de um ambiente favorável aos negócios, até a pandemia da Covid-19, havia franca tendência de reforço à vinculatividade dos contratos.

39 Apesar da ausência menção expressa no texto legal no que toca a atendibilidade superveniente dos fatos impeditivos (em particularidade que é comum ao CPC/73), CUNHA observa que "os fatos impeditivos podem, entretanto, ser objeto de conhecimento superveniente, devendo, então, ser considerados inseridos na previsão legal". (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 91).

2) A crise instalada, seguramente, haverá de mudar os paradigmas decisórios. Teme-se pela insegurança jurídica decorrente das revisões animadas pelo sentimento de comiseração, sem critérios claros e em desacordo com o inolvidável limite imposto pelo ordenamento jurídico aos julgamentos por equidade (art. 140, parágrafo único, do CPC).

3) Teremos a criação de uma jurisprudência de exceção e os juízes serão os grandes protagonistas das mudanças. A regra é a manutenção do ajustado e as modificações das prestações serão sempre marcadas pela excepcionalidade. Aos juízes é confiada a responsabilidade de trazer segurança e previsibilidade mediante a definição padrões decisórios claros, calcadas no ordenamento jurídico e com particular atenção às exigências qualificadas de fundamentação trazidas pelo novo CPC.

4) Ganhos e perdas são da fisiologia dos contratos e são essenciais à atividade econômica. Há regras de distribuição de risco que, resultantes da lei e da vontade das partes, atendem às exigências do tráfego jurídico. A modificação das obrigações contratuais (resolução/revisão) é algo absolutamente excepcional. Para fins de incidência, a regra é que esteja ligada a alterações da prestação (economia interna do contrato) e que haja um grave desequilíbrio entre as prestações (sinalagma contratual). O fato jurídico da Covid-19 preenche os requisitos à revisão/resolução dos contratos, desde que preenchidos os demais pressupostos.

5) As crises de larga escala como as guerras mundiais foram, historicamente, momento de desenvolvimento do direito, inclusive com a criação, pela via jurisprudencial, de normas que vieram a ser positivadas, em disciplina específica. Novas aplicações da cláusula geral da boa-fé tiveram destaque em alguns episódios.

6) A doutrina e a jurisprudência brasileiras, antes mesmo da atual crise, têm admitido desenvolvimentos de novos deveres a partir da boa-fé. O dever de renegociação proposto por SCHREIBER e os precedentes do STJ, ao admitir o adimplemento substancial e a exceção de ruína, são exemplos de evoluções propostas pela doutrina e pela jurisprudência.

7) Nas circunstâncias presentes, absolutamente extraordinárias, pode-se afirmar, a partir da boa-fé, a existência de um dever de solidariedade. Não numa perspectiva romantizada, de impor aos sujeitos com interesses antagônicos um compartilhamento linear de prejuízos. Propõe-se que, calcado no art. 422 do CCB, a partir de circunstâncias até extra-obrigacionais (estranhas à economia

interna do contrato), retarde-se transitoriamente o cumprimento ou mesmo imponha-se a revisão temporária das prestações devidas. Estando uma das partes em situação de experimentar prejuízo patrimonial ou pessoal de grande vulto, sem que a contraparte esteja exposta à percepção de dano relevante, o dever de solidariedade resultará dos dispositivos consagradores da boa-fé. As tratativas havidas em renegociação pode ser um elemento probatório importante para a caracterização da violação ao dever de solidariedade.

8) O dever de solidariedade também pode ser extraído do art. 187 do CCB para aplicação fora do âmbito relativo (contratual).

9) O dever de solidariedade é recíproco entre os contratantes. Em determinadas relações coletivas ou homogêneas, pode ser imposta em desfavor do hipossuficiente, em prestígio da contraparte que pode, em última análise, ser um grande conglomerado empresarial. A solução dada pela via legislativa ao instituir regime especial em favor de determinados segmentos econômicos, por exemplo, também pode ser imposta extraordinariamente pela via judicial, desde que atendidos os respectivos pressupostos.

10) O dever de solidariedade também tem uma dimensão processual, viabilizando o retardamento do cumprimento de ordens judiciais nestes tempos de pandemia.

Contratos privados escolares em tempos de Covid-19

Rose Melo Vencelau Meireles

Mestre e Doutora em Direito Civil. Professora de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Mediadora.

1 Introdução

Em todo o mundo, milhões de crianças e adolescentes tiveram o direito à educação suspenso ou limitado como medida de prevenção contra a pandemia do Covid-19. No Brasil, a educação é garantida constitucionalmente, e será "promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho", conforme enuncia o art. 205 da Constituição da República.

A Lei n° 9.394/1996, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. A atividade privada do ensino é livre, atendidas as seguintes condições: i) cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; ii) autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; iii) capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal, nos termos do art. 7° da LDB.

A educação escolar básica é organizada em níveis (LDB, art. 21): i) educação infantil; ii) educação fundamental e iii) ensino médio[1]. A educação infantil corresponde à pré-escola, para crianças até 5 (cinco) anos de idade. Posteriormente, seguem-se as nove séries da educação fundamental e as três séries do ensino médio. A distinção releva e deve ser considerada em qualquer discussão que envolva os contratos privados de ensino, eis que o tratamento de cada uma delas possui regras próprias, em especial, quanto à quantidade de dias letivos ou carga horária anual e à forma de prestação do serviço educacional.

Com a pandemia do Covid-19 foram exatamente esses os dois principais aspectos atingidos nos contratos escolares: as escolas suspenderam as aulas e/ou modificaram a forma de ministrar o conteúdo, passando do ensino presencial para o ensino remoto, por meio das plataformas *on-line*.

1 O ensino superior não é objeto específico desse estudo, muito embora suas bases possam ser a ele aplicáveis.

2 Os contratos privados escolares

Os contratos privados escolares são compreendidos como contratos de consumo, o que faz atrair a disciplina consumerista e o reconhecimento de que o contratante é a parte mais vulnerável dessa relação contratual. A vulnerabilidade é acentuada pela natureza do serviço prestado, que visa, em última análise, o atendimento ao direito fundamental à educação de crianças e adolescentes.

Trata-se de contratos de execução continuada cuja duração pode variar, mas comumente com vigência de um ano. Justifica-se a contratação anual em virtude da divisão do ensino formal em séries também anuais. Sendo assim, proibidas as aulas presenciais no início do ano letivo, há tempo para a cumprimento do objeto contratual, ainda que com alterações do calendário, ou por outros meios oferecidos.

A Medida Provisória n° 934/2020 dispensa o estabelecimento de ensino de educação básica, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do caput e no § 1o do art. 24 e no inciso II do caput do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino. Com essa norma, as escolas podem cumprir o ano letivo, mesmo com a redução de dias letivos.

Para atender à carga horária mínima, contudo, muitas instituições optaram pelo ensino remoto, ensejando a mudança da forma de execução contratual, nem sempre consentida pelos contratantes, o que redunda em outra questão, a ser abordada a seguir.

3 Adoção de um regime de ensino remoto ou à distância

Um elemento circunstancial que compõe a base dos contratos[2] escolares se quebrou a partir do momento em que foi proibido o ensino presencial durante o distanciamento social imposto como medida administrativa na pandemia do Covid-19.

O art. 32, § 4°, da LDB autoriza o uso do ensino à distância como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais. Com efeito, a pandemia do Covid-19 configura uma "situação emergencial" a permitir o ensino a distância no ensino fundamental. O art. 35 § 11, da LDB, também autoriza o uso da educação à distância para efeito de cumprimento das exigências

2 "Por base do negócio entendem-se as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual" (FONSECA, Arnoldo Medeiros. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 115).

curriculares do ensino médio, com certas restrições. Para a educação infantil, a modalidade não é autorizada por lei[3]. Considerando a competência legislativa concorrente (CR, art. 24, IX), Estados e Municípios podem regulamentar a matéria, de acordo com as respectivas realidades[4].

Na medida em que as aulas foram suspensas por determinação legal, de origem estadual ou local, impossibilitando a educação presencial, muitas escolas privadas[5] optaram pela utilização do ensino remoto, por meio de plataformas digitais, videoaulas e atividades didáticas à distância, para dar continuidade à prestação educacional.

Entretanto a mera autorização legal, genérica, como mencionado acima, para uso do ensino à distância em situações emergenciais para o ensino fundamental ou com restrições para o ensino médio, não se mostra suficiente para a modificação do contrato. A autorização legal apenas indica a licitude da atividade educacional nesses termos.

4 Execução por forma diversa do contratado: ensino remoto

O contrato de prestação de serviço educacional, nos casos em que se está analisando, circunscreve-se ao regime presencial. Em virtude da pandemia do Covid-19 e imposição de isolamento social, aulas presenciais tornaram-se impossíveis. Nesse aspecto, há o impedimento objetivo da prestação contratual. Em doutrina, trata-se de fato do príncipe, heterônomo, a atingir o objeto dos contratos escolares. Surge assim, a possibilidade de suspensão, modificação, ou extinção do contrato.

Na maioria das instituições públicas e privadas de ensino, a primeira medida foi a suspensão das aulas. O não fornecimento do serviço, temporariamente, pode ser objeto de compensação em férias ou com reposição da carga horária, sob pena de justificar a redução proporcional do valor das mensalidades escolares.

Como acima mencionado, a Medida Provisória n° 934/2020 dispensa, excepcionalmente, a observância de 200 dias letivos ao ano, mas mantém a carga horária mínima estabelecida na LDB. Com efeito, impossibilitadas de continuar o ensino presencial, as escolas privadas buscaram na tecnologia outras formas de atender a carga horária do ano letivo.

Nessa direção, no segundo momento, as escolas privadas passaram

---

3 Até o momento de fechamento desse artigo, o Ministério da Educação não regulamentou o uso do ensino à distância no ensino fundamental, como fez para o ensino superior na Portaria 343, de 17 de março de 2020.

4 A Medida Cautelar na ADI 6.341/DF foi deferida em parte para "para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente" (STF, ADI 6341 MC / DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 24/03/2020).

5 O texto tem o enfoque do ensino privado, pois visa a pontuar os principais reflexos do covid-19 nos contratos privados de ensino.

a oferecer serviços on-line, com atividades, aulas gravadas e aulas ao vivo. A substituição das aulas presenciais por aulas remotas configura modificação do contrato ou de sua execução (mesmo que parcialmente, considerando o cumprimento do ano letivo como objeto total) e, assim, a rigor, requer a concordância do contratante. Recorde-se que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa (CC, art. 313), como um dos fundamentos do direito obrigacional[6].

Desse modo, se a escolha pedagógica da escola é adoção do ensino remoto, objeto diverso ao contratado, não obriga os contratantes continuarem o referido contrato, cabendo assim a extinção contratual (CC, art. 248), o que imporia a perda no ano letivo ou posterior transferência de escola, se viável.

Considerando que a prestação do serviço escolar e conclusão do ano letivo permanece do interesse da outra parte contratual, como tem se mostrado na maioria dos casos, as famílias tem aderido – mesmo tacitamente – ao ensino remoto, de modo a evitar a eventual perda de ano escolar para as crianças e adolescentes.

5 Revisão do valor da contraprestação das mensalidades escolares

Como mencionado, a determinação legal para o fechamento das escolas, por prazo certo ou indeterminado, constitui fato impeditivo do cumprimento da obrigação escolar tal como acordado. Contudo, esse descumprimento seria causa para o não pagamento das mensalidades escolares (a rigor, uma anuidade dividida em 12 parcelas)? Ou mesmo para a revisão da contraprestação ajustada?

Uma vez que o serviço educacional continua sendo executado, e não há extinção do contrato, a contraprestação não deixa de ser exigível. Contudo, uma vez quebrada a base objetiva e modificada a forma de cumprimento, a contraprestação devida deve observar o sinalagma, o equilíbrio contratual. Nessa análise, não se deve desconsiderar que o risco se distribui em benefício do consumidor.

Com efeito, muitos contratantes encontram-se impossibilitados total ou parcialmente de pagar as mensalidades escolares, em razão do desemprego ou diminuição da renda decorrente dos impactos econômicos da pandemia. A impossibilidade subjetiva, contudo, não enseja a revisão e redução dos valores contratados. Qualquer revisão deve partir do impacto objetivo no contrato. De todo modo, embora a justificada revisão decorra da alteração na forma de cumprimento da obrigação, a negociação para além desta revisão, com

6 Em algumas situações, o oferecimento remoto de ensino não é viável, total ou parcialmente, em especial para a pré-escola e crianças menores, com pouca autonomia, ou mesmo crianças portadoras de deficiência, quando dependem de um adulto para o acompanhamento, nem sempre disponível, por estar trabalhando em *home office*, fora de casa, ou talvez doente vitimado pela covid-19 ou outra enfermidade. Nesses casos, não há utilidade da prestação oferecida.

a concessão de parcelamentos, não cobrança de juros ou multa, bem como descontos a famílias que tenham sofrido maior impacto econômico em virtude da pandemia não deve ser afastada, e sim estimulada como expressão da solidariedade social.

6 Princípio da Proporcionalidade

Os diversos níveis de ensino, desde a educação infantil ao ensino médio, passam também por diferentes expectativas, necessidades e limitações. O uso de tecnologias para crianças pequenas, por exemplo, pode ser prejudicial à saúde e não pode ter a mesma carga horária que para adolescentes. Desse modo, o ensino remoto não vai ocorrer exatamente da mesma maneira em todas as séries, nem será sempre equivalente ao presencial. Tal não pode ser desconsiderado.

O princípio da proporcionalidade se mostra um critério interessante para pautar essa revisão contratual, com a redução dos valores contratados na proporção do que for efetivamente prestado, considerando-se a modificação da base contratual.

Muitas escolas têm concedido descontos genéricos nas mensalidades ou anuidades, observando a redução de custos e de lucros previstos. O pedido revisional também já obteve êxito em sede judicial[7]. Com efeito, a mudança na forma de prestação do serviço do ensino constitui quebra da base negocial a justificar a revisão. Entretanto, a negociação extrajudicial se mostra a melhor opção, tendo em vista que a escola conhece seu orçamento e pode se antecipar a eventual decisão judicial que possa reduzir sobremaneira sua receita.

7 Conclusão

A atividade educacional exerce uma função social notória, portanto, é interesse de todos sua manutenção. Para além da possibilidade jurídica da revisão contratual, contudo, o momento não é de enfrentamento ou litigiosidade. A ordem do dia para a solução dessa crise global é a cooperação. Nesse espaço de convívio escolar também. Se as escolas deixarem de ser pagas, não conseguirão conservar a qualidade ou até dar continuidade às suas atividades. Se as escolas não revisarem seus valores contratuais, muitos responsáveis não conseguirão manter quitados seus contratos, em virtude da perda de renda inevitável na recessão que se aproxima. E, assim, um caminho colaborativo pode ser trilhado.

7 V. nesse sentido TJRJ, 4ª Vara Cível, Processo: 0009999-29.2020.8.19.0209, julg. 17/04/2020.

A assinatura de documentos no contexto da covid-19: validade, força probante e eficácia executiva dos contratos eletrônicos

Vitor Butruce

Advogado, Doutor em Direito Comercial (USP), Mestre em Direito Civil (UERJ) e Presidente da Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF (CNRD).

É conhecida a relação entre *crises*, *necessidades* e *oportunidades*. Crises exigem mudanças de comportamento, esforços de adaptação; explora-se o potencial de alternativas existentes; buscam-se soluções mediante novos instrumentos. Esse é exatamente o cenário instalado pela pandemia de covid-19.

Confinadas por quarentenas ou medidas de distanciamento, as pessoas encontraram nos meios eletrônicos caminhos para redesenhar a vida em sociedade: aplicativos de comunicação abrigando reuniões familiares; artistas se apresentando de suas casas; celebrações religiosas transmitidas pela Internet. Adaptar-se ao digital deixou de ser uma opção; tornou-se uma necessidade.

Essa necessidade também se instalou no meio jurídico – ambiente cultural com conhecido apreço pela formalidade e certa resistência a mudanças repentinas.

Os profissionais do Direito tiveram que se adaptar em pouco tempo a cenário até então impensável: escritórios, repartições públicas e empresas precisaram deslocar sua força de trabalho e prosseguir com suas atividades à distância; atos tradicionalmente solenes, como julgamentos em tribunais ou deliberações parlamentares, se realizaram em sessões telepresenciais.

Nesse contexto, coloca-se o desafio de encontrar soluções que combinem a *conveniência* dos meios eletrônicos com a *segurança* conferida pelas formas tradicionais. Por isso, a advocacia passou cada vez mais a avaliar o potencial dos *documentos digitais*[1].

1 Cumpre registrar que o art. 2º, II, do Decreto nº 8.539/2015 procura definir "*documento digital*" como um gênero do qual derivam duas espécies: "*a) documento nato-digital – documento criado originariamente em meio eletrônico; ou b) documento digitalizado – documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital*". Cuida-se neste texto exclusivamente dos

O tema não é novo: a legislação prevê mecanismos destinados a prestigiar a produção de documentos por meio eletrônico há quase 20 anos, e alguns problemas já vinham sendo debatidos nos tribunais, notadamente sua validade, força probante e eficácia executiva. Mas as dificuldades impostas pela covid-19 aceleraram a migração para o ambiente remoto e colocaram o tema na ordem do dia.

Passa-se, portanto, a analisar o estado da matéria na nossa legislação e jurisprudência, adiantando-se que o STJ tem em suas mãos uma especial oportunidade para consolidar suas feições jurídicas, por meio de dois recursos pendentes de julgamento, mencionados ao final.

O potencial dos documentos eletrônicos: validade e força probante

O art. 107 do Código Civil estabelece que "[a] *validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*". Por isso, é possível adotar diferentes mecanismos para formalizar contratos, desde a troca de mensagens eletrônicas até a produção de documentos solenes.

A liberdade de forma na prática jurídica brasileira é tal que nossos tribunais reconhecem a existência e validade de contratos verbais, desde que as provas permitam identificar seus elementos integrantes.

Em algumas hipóteses, todavia, a lei submete a validade dos contratos a forma específica. É o caso de operações envolvendo imóveis, que como regra devem ser celebradas por escritura pública. Há ainda outras situações em que pode ser preciso submeter documentos a alguma solenidade para produzirem todos os efeitos desejados, sobretudo perante terceiros – como as cláusulas de vigência nas locações.

Diante disso, a prática empresarial adota preferencialmente os instrumentos particulares para formalizar seus contratos. Eles oferecem segurança sobre o conteúdo do negócio e abrem possibilidades para mecanismos de cobrança ou circulação do crédito. Além dessas qualidades, recebem proteção do art. 219 do Código Civil, pelo qual "[as] *declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários*", presunção que o art. 408 do CPC reforça.

Essa mesma presunção de veracidade se aplica aos documentos produzidos mediante o processo de certificação disponibilizado pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), como reconhece o art. 10, § 1º, da MP nº 2.200-2/2001[2].

---

documentos ditos nato-digitais, utilizando-se os gêneros *documento digital* ou *documento eletrônico* por questões de estilo.

2 "Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos

A ICP-Brasil é uma cadeia hierárquica composta por diversas entidades, o que viabiliza a emissão de certificados digitais, mediante procedimentos destinados a apontar que um ato há de ter sido praticado por determinada pessoa, ou por alguém que lhe tenha sido autorizado a fazê-lo, em razão do uso de senha pessoal. A confiança depositada nesses procedimentos é o que justifica a presunção de autenticidade dos documentos certificados. E as feições jurídicas dessa autenticidade foram recepcionadas pelo CPC, cujo art. 411, II, considera autêntico o documento quando "*a autoria estiver identificada por qualquer* [...] *meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei*".

Em síntese, a assinatura de documento digital via certificação da ICP-Brasil garante sua autenticidade no Brasil, autoriza sua juntada como documento original em processos e lhe confere a mesma presunção de veracidade de instrumento particular assinado manualmente.

Significa dizer que o litigante que se insurge contra a autenticidade de documento digital com assinatura certificada pela ICP-Brasil tem o ônus de provar eventual irregularidade. Não sendo feita essa prova, o juiz deve considerar o documento autêntico e presumir verdadeiras as declarações que nele constarem.

Os atributos conferidos aos documentos certificados pela ICP-Brasil não impedem que as pessoas adotem outros meios eletrônicos para produzir e armazenar seus contratos, como reconhece o § 2º do art. 10 da MP nº 2.200-2/2001[1]. Em linha de princípio, assim como são válidos contratos verbais, também são válidos contratos formados por qualquer meio eletrônico, mesmo que sem certificado emitido pela ICP-Brasil[2].

Todavia, seus efeitos jurídicos são distintos: documentos certificados pela ICP-Brasil são dotados das presunções de autenticidade e veracidade; documentos produzidos ou certificados por outros meios eletrônicos não recebem essas chancelas, o que pode repercutir na dinâmica das disputas

---

eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil [correspondente ao art. 219 do atual Código Civil]".

1 "Art. 10. [...]. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento". A partir desse dispositivo, a IV Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado nº 297, no sentido de que "o documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada".

2 O TJSP, por exemplo, validou prorrogação contratual confirmada por e-mail (15ª CDPriv., AC 1121880-74.2016.8.26.0100, Rel. Elói Estevão Troly, v. u., j. 19.6.2018) e minuta de contrato que, "*embora não assinado, foi remetido às rés por e-mail antes do começo da prestação dos serviços, com inequívoca relação negocial por quatro anos*" (30ª CDPriv., AC 1084552-18.2013.8.26.0100, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, v. u., j. 13.4.2016). E o TJDFT considerou válida prova de contrato bancário formado mediante uso de senha pessoal do correntista em sistema do banco, instruindo ação de cobrança (5ª TC, AC 20140111450486, Rel. Des. Maria Ivatônia, v. u., j. 4.11.2015).

instaladas a respeito. Assim, o litigante confrontado com documento eletrônico sem certificado emitido pela ICP-Brasil pode impugnar sua autenticidade, e a definição desse ponto controvertido se submete ao livre convencimento motivado do juiz, que não está adstrito a presumi-lo verdadeiro[3].

Logo, documentos eletrônicos não certificados pela ICP-Brasil são válidos, mas sua força probante é menor do que a dos certificados, e seu potencial de convencimento depende da credibilidade transmitida pelo seu sistema de produção. Isto é: documentos certificados por plataformas de grande reputação tendem a ser mais reconhecidos em juízo do que arquivos simples com mera reprodução digitalizada de assinaturas manuscritas ou de telas de conversas em aplicativos.

A principal controvérsia sobre o tema: a eficácia executiva dos documentos assinados por meio eletrônico

A principal diferença entre os documentos eletrônicos produzidos com ou sem certificação pela ICP-Brasil reside na sua eficácia executiva: segundo a jurisprudência corrente, documentos digitais certificados pela ICP-Brasil podem instruir ações de execução de título extrajudicial, ao passo que esse potencial é duvidoso para documentos sem essa certificação.

Como se sabe, a execução de título extrajudicial se destina a cobrar crédito certo, líquido e exigível, com mecanismos para atacar o patrimônio do devedor tão logo movida a ação, uma vez que sua defesa não tem efeito suspensivo, como regra. Para movê-la, o credor deve instrui-la com documento elencado pelo art. 784 do CPC, com destaque para o inciso III, que confere o atributo ao "*documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas*".

A legislação brasileira não fixa de forma expressa a natureza dos documentos eletrônicos certificados como títulos executivos extrajudiciais, mas essa qualidade tem sido progressivamente reconhecida pelos tribunais, inclusive pelo STJ.

O tema foi objeto do REsp nº 1.495.920/DF, no qual a 3ª Turma autorizou o prosseguimento de execução de título extrajudicial baseada em documento eletrônico[4]. Embora a decisão não tenha sido unânime, o Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, mesmo vencido, reconheceu em tese a eficácia executiva dos documentos digitais certificados pela ICP-Brasil; sua divergência se concentrou na dúvida sobre o documento juntado aos autos preencher os requisitos para tanto.

---

3 Registre-se que o art. 3º, V, da Lei nº 13.874/2019 fixa como direito das pessoas naturais ou jurídicas "gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, [...] exceto se houver expressa disposição legal em contrário".

4 STJ, 3ª T., REsp nº 1.495.920/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. m., j. 15.5.2018.

Observa-se então que o STJ começa a prestigiar a eficácia executiva dos documentos certificados pela ICP-Brasil. E essa tendência já vinha sendo observada entre os tribunais estaduais, sobretudo diante de documentos com assinaturas do devedor e de duas testemunhas igualmente certificadas[5].

A esse propósito, o fato de o art. 784, III, do CPC exigir a assinatura de duas testemunhas gera dúvidas sobre o potencial de o documento eletrônico formar título executivo tão somente a partir da certificação. Esse aspecto foi suscitado no REsp nº 1.495.920/DF, tendo o Min. Paulo de Tarso Sanseverino considerado "*desnecessária a assinatura das testemunhas*", se aos documentos se agregam "*autenticidade e integridade mediante a certificação eletrônica, utilizando-se a assinatura digital devidamente aferida por autoridade certificadora legalmente constituída*".

Apesar dessa orientação inicial, que tende a repercutir sobre as instâncias inferiores[6], o tema segue controverso: pode-se identificar decisões contrárias, tanto antes como depois do precedente do STJ, na linha de que a certificação da assinatura do devedor pela ICP-Brasil não dispensa as testemunhas para formar título executivo[7].

Já a viabilidade de se mover execução de título extrajudicial com base em documentos eletrônicos sem a certificação da ICP-Brasil é ainda mais controversa. O TJSP, por exemplo, já recusou essa eficácia a documento emitido mediante assinatura eletrônica sem certificação via ICP-Brasil, negando-lhe o potencial executivo e determinando converter-se a execução em ação monitória ou ordinária[8].

A oportunidade de orientação do STJ sobre as feições jurídicas dos documentos eletrônicos

Numa síntese sobre o estado da matéria na nossa legislação e jurisprudência, pode-se apresentar quatro conclusões:

(a) a assinatura de documento digital via certificação da ICP-Brasil garante sua autenticidade no Brasil, autoriza sua juntada como documento original em processos e lhe confere a mesma presunção de veracidade de instrumento particular assinado manualmente;

---

5 A título de exemplo, cf. TJSP, 17ª CDPriv., AI 2017568-05.2017.8.26.0000, Rel. Des. Afonso Bráz, v. u., j. 7.3.2017.

6 Por exemplo: TJSP, 14ª CDPriv., AC 1065937-38.2017.8.26.0100, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, v. u., j. 22.8.2018.

7 Há acórdão recente do TJSP considerando a assinatura das duas testemunhas indispensável para formar título executivo, mesmo diante de documento digital certificado pela ICP-Brasil (TJSP, 38ª CDPriv., AC 1102623-92.2018.8.26.0100, Rel. Des. Eduardo Siqueira, v. u., j. 18.9.2019; antes, p. ex., TJSP, 17ª CDPriv., AC 1006169-46.2015.8.26.0006, Rel. Des. Irineu Fava, v. u., j. 10.4.2017). Do TJRJ, pode-se citar acórdão anterior ao do STJ: 11ª CC, AI-AC 0397177-92.2014.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, v. u., j. 23.9.2015. No TJSC, v. 6ª CC, AC 0300440-22.2015.8.24.0011, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 2.4.2019.

8 TJSE, 1ª CC, AC 00468761320188250001, Rel. Des. Ruy Pinheiro da Silva, v. u., j. 24.9.2019; no TJRJ, cf. 10ª CC, AC 0008260-53.2015.8.19.0061, Rel. Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos, v. u., j. 8.8.2017.

(b) documentos eletrônicos não certificados pela ICP-Brasil são válidos, mas sua força probante é menor do que a dos certificados, e seu potencial de convencimento depende da credibilidade transmitida pelo seu sistema de produção;

(c) documentos certificados pela ICP-Brasil podem instruir execução de título extrajudicial, mas há dúvidas sobre serem necessárias assinaturas igualmente certificadas de duas testemunhas; e

(d) documentos desprovidos desse certificado podem servir como início de prova escrita para instruir ação monitória ou como prova documental em ações de cobrança, mas sua eficácia para instruir execução de título extrajudicial é controversa.

O STJ tem a oportunidade de contribuir para o esclarecimento do tema em dois recursos.

O REsp nº 1.850.676, sob relatoria do Min. Marco Buzzi, trata da execução de cédula de crédito bancário assinada digitalmente pela devedora e duas testemunhas, e certificada por plataforma de assinatura eletrônica sem a chancela da ICP-Brasil, motivo pelo qual o TJSP negou ao documento a natureza de título executivo[9]. A questão jurídica em debate, pois, é a *eficácia executiva de documento eletrônico, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, que utiliza certificado não emitido pela ICP-Brasil.*

Já o REsp nº 1.798.828, sob relatoria da Min. Isabel Gallotti, permite avançar sobre outro debate: *a eficácia executiva de documento eletrônico reconhecido como autêntico pelas instâncias ordinárias, mas sem certificação da assinatura do devedor ou de duas testemunhas.* O recurso se insurge contra decisão do TJGO que reconheceu certo documento eletrônico como autêntico, mas, pela ausência de assinatura certificada do devedor e de duas testemunhas, considerou-o somente apto a instruir ação monitória, negando-lhe eficácia executiva[10].

Pode-se dizer, então, que o STJ tem nesses dois recursos uma excelente oportunidade para conferir maior segurança às relações contratuais, orientando a interpretação sobre a eficácia executiva de diferentes documentos formados por meio eletrônico, o que seria salutar no cenário de distanciamento social, transição cultural e abertura para o ambiente digital em que se encontra a advocacia brasileira.

9 TJSP, 37ª CDP, AI 1033143-27.2018.8.26.0100, Rel. Des. Sergio Gomes, v. u., j. 13.3.2019.

10 TJGO, 4ª CC, AC 317220-64.2015.8.09.0137, Rel. Des. Nelma Branco Ferreira Perilo, v. u., j. 16.6.2018.